UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

El régimen jurídico del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea: análisis desde la normativa internacional y europea, y su incorporación al Derecho español.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR D. Luis Gonzaga Aguilera Ruiz

Director

Pedro Alberto de Miguel Asensio

Madrid, 2024.

© Luis Gonzaga Aguilera Ruiz, 2025

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS DESDE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA, Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

LUIS GONZAGA AGUILERA RUIZ

Bajo la dirección del Prof. Dr.

D. Pedro Alberto de Miguel Asensio

Madrid, diciembre de 2024

A mi padre, in memoriam.

A Lourdes.

A Inès, Carlos y Clara.

"Man muss noch Chaos in sich haben, um einen tanzenden Stern gebären zu können".

Also sprach Zarathustra.

AGRADECIMIENTO

Quisiera agradecer al profesor Pedro Alberto de Miguel Asensio su disponibilidad constante y generosa dedicación durante todo el proceso que ha conducido a la presentación de esta tesis, sin los cuales no hubiera podido llevarse a término.

Muchas gracias.

TABLA DE ABREVIATURAS

ALI	American Law Institute
CE	Constitución Española.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CECE	Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CCECI	Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.
CISG	Convención de las NN.UU. sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos.
CNUDMI	Comisión para el Derecho Mercantil de NN.UU.
DCE	Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior
DCSD	Directiva (UE) 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.
DCL	Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.
DDC	Directiva 2011/83/CE, sobre derechos de los consumidores.
Directiva CECE	Directiva (UE) 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EEMM	Estados miembros de la Unión Europea.
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.
EM	Estado miembro de la Unión Europea.
Estrategia MUD	Estrategia para un mercado único digital de la Unión Europea.
ESIGN	Electronic Signatures in National and Global Commerce Act, EE.UU.
FTC	Federal Trade Commission. EE.UU.

GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
LMCE	Ley Modelo de Comercio Electrónico. Adoptada por NN.UU. Resolución 51/62, 1996.
IA	Inteligencia artificial.
IoT	Internet de las cosas.
LMFE	Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas. NN.UU.
LMDTE	Ley Modelo sobre los Documentos Transmisibles Electrónicos. NN.UU.
LSSI	Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
NN.UU.	Organización de las Naciones Unidas.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
Reglamento CESL	Propuesta de Reglamento de Compraventa Única Europea.
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (Reglamento general de protección de datos).
RSD	Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de servicios digitales)
RMD	Reglamento (UE) 2022/192 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Reglamento de mercados digitales).
SEPD	Supervisor Europeo de Protección de Datos.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TG	Tribunal General (TJUE).
UCC	Uniform Commercial Code. EE.UU.
UNCITRAL	Comisión para el Derecho Mercantil de NN.UU.
UCITA	Uniform Computer Information Transactions Act EE.UU.
UETA	Uniform Electronic Transaction Act EE.UU.

ÍNDICE

RESUMEN 1

ABSTRACT 3

INTRODUCCIÓN 5

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL 12

Introducción 12

I.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL 13

1.- Noción de contrato celebrado por medios electrónicos. Concepto y caracteres definitorios 13

2.- Carácter transnacional 22

3.- Contrato celebrado por medios electrónicos y comercio electrónico. Internet como medio 24

4.- Ventajas e inconvenientes de las nuevas modalidades de contratos 32

5.- Evolución del fenómeno: del sistema EDI de intercambio de datos, a las grandes plataformas de intermediación 36

6.- Las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en el contexto de la evolución digital 43

7.- Delimitación de los contratos celebrados por medios electrónicos. ¿Necesidad de una nueva formulación del Derecho de obligaciones? 44

8.- Aproximación a las plataformas digitales 52

A) Introducción 52

B) Definición y caracteres 56

C) Las plataformas digitales y el riesgo para la competencia 66

D) Mención de los modelos de plataformas digitales 69

II.- LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO 74

1.- Introducción 74

2.- Pasos iniciales en la regulación jurídica del comercio electrónico 83

3.- Los trabajos en el marco de las NN. UU (CNUDM): la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías 85

4.- Las leyes modelo adoptadas por la CNUDMI de NN.UU. 88

5.- Avances en el ámbito de la OMC 94

6.- Desarrollos normativos de carácter internacional en otros ámbitos regionales 97

7.- Recapitulación 102

III.- PERSPECTIVA COMPARADA: MÁS ALLÁ DE LA UNIÓN EUROPEA 103

1.- Panorama de la legislación sobre comercio electrónico en los EE.UU. 103

A) De la UCC a la UCITA 103

B) Otras disposiciones adoptadas en los EE. UU. 112
2.- Referencia a otras regulaciones nacionales: China, Japón y México 118
A) China 118
B) Japón 121
C) México 124
3.- Consideración final 126

CAPÍTULO SEGUNDO. EL MARCO REGULATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA EN QUE SE INSERTA LA NORMATIVA SOBRE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES 128
I.- INTRODUCCIÓN 128
II.- LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELETRÓNICA EN LA UNIÓN EUROPEA. EL MERCADO ÚNICO DIGITAL 133
1.- Marco introductorio. La Directiva 2000/31/CE 133
2.- La Estrategia para el Mercado Único Digital en Europa 144
3.- El acervo UE sobre contratos de consumo 151
A) Caracteres definitorios del Derecho de consumo 151
B) La protección del consumidor en el acervo de la Unión Europea 152
C) La Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores 157
D) Evolución actual del Derecho UE de consumo 161
E) El régimen armonizado de seguridad y responsabilidad civil por los productos 168
4.- Regulación de las Comunicaciones Electrónicas 175
5.- Cooperación judicial civil. Bruselas I bis y Roma I 183
A) Reglamento Bruselas I bis 189
B) Reglamento Roma I 193
6. - Derecho de propiedad intelectual 200
7.- Derecho de la Competencia 208
8.- La regulación del geobloqueo y la portabilidad de contenidos y servicios digitales 216
II.- REGULACIÓN MÁS RECIENTE CON INCIDENCIA EN LA MATERIA 222
1.- El Reglamento de Servicios Digitales 224
2.- El Reglamento de Mercados Digitales 230
3.- El Reglamento sobre Inteligencia Artificial 242

CAPÍTULO TERCERO. LA DIRECTIVA (UE) 2019/770: OBJETO Y ÁMBITO DE REGULACIÓN. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y OTRAS DISPOSICIONES DEL ACERVO UE. INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 AL DERECHO ESPAÑOL 249

I.- LA DIRECTIVA (UE) 2019/770. LA PROPOSICIÓN Y SU TRAMITACIÓN LEGISLATIVA 249

1.- Objetivo y características de la propuesta de la Comisión. La técnica de la "armonización máxima selectiva". Base jurídica elegida 249

A) Génesis y presentación de la propuesta de Directiva 249

B) La base jurídica de la propuesta 257

2. – El proceso de negociación de la propuesta 261

A) Tramitación en el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE 261

B) El informe del Comité Económico y Social Europeo 264

C) El informe del SEPD 266

II.- LA DIRECTIVA (UE) 2019/770. CONTENIDO. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO 266

1. - Contenido de la DCSC 266

A) La DCSD y las legislaciones nacionales: delimitación 267

B) Materias armonizadas por la DCSD 271

2. - Ámbito objetivo 274

A) Contrato 274

B) Contenidos o servicios digitales 277

C) Contraprestación 283

D) Prestaciones de acuerdo con las especificaciones del consumidor 285

E) Exclusiones sectoriales del ámbito de aplicación 287

3. - Ámbito subjetivo 289

A) Concepto de empresario 289

B) Concepto de consumidor 294

III.- RELACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 CON OTRAS DISPOSICIONES DEL ACERVO UE 302

1.- La Directiva (UE) 2019/771 302

A) Caracteres y finalidad 302

B) Delimitación del campo de aplicación de la DCL y la DCSD 305

2.- El Reglamento (UE) 2019/1150. 309

A) Caracteres y finalidad 309

B) Obligaciones impuestas por el Reglamento a los proveedores de servicios de intermediación en línea 311

3.- El Reglamento (UE) 2023/2854 315

IV.- INCORP0RACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 AL DERECHO ESPAÑOL 320

1.-Panorama comparado de la transposición de la DCSD en los EEMM 320

2.- Regulación en España del Derecho de protección de consumidores. 327
3.- El Real Decreto-Ley 7/2021. 330
A) La opción de transponer la DCSD al Derecho español mediante real decreto-ley 330
B) Consideraciones sobre el preámbulo del RD-L 7/2025, en lo relativo a la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales 336
C) La regulación introducida por el RD-L 7/2025 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales 339
D) Valoración crítica de las opciones acogidas por el legislador español 346
4.- El Decreto-Ley 27/2021 de la Generalitat de Cataluña. 353
A) Consideraciones generales sobre la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en el Derecho civil especial de Cataluña 353
B) Análisis de la regulación introducida por el Decreto-Ley 27/2021 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales 357

CAPÍTULO CUARTO. DIRECTIVA (UE) 770/2019: LA ENTREGA, EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD Y CONSECUENCIAS DE LA NO CONFORMIDAD 363
I.- OBLIGACIONES DE ENTREGA Y CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES 363
1.- La obligación de entrega o suministro del contenido o servicio digital 364
A) El plazo para verificar el suministro 365
B) Condiciones de la entrega y supuestos específicos 367
2. – El régimen de conformidad en la DCSD 371
A) Consideraciones generales sobre el régimen de conformidad 371
B) Requisitos subjetivos de conformidad 376
C) Requisitos objetivos de conformidad 378
i. Aptitud de los bienes para los fines a que se destinan 379
ii. Requisitos de cantidad, cualidad y características de funcionamiento . 384
iii. Suministro de accesorios e instrumentos 387
iv. Conformidad con las versiones de prueba o vista previa 389
B) Integración incorrecta de los contenidos y servicios digitales 399
C) Conclusión sobre el régimen de conformidad 412
II.– NORMAS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIAD POR NO CONFORMIDAD 414
1.- Consideraciones preliminares 414
2.- Precedentes del régimen establecido por la DCSD: el elemento temporal 415
3.- El incumplimiento de la obligación de suministro 418
4.- El tratamiento de la carga de la prueba de la prueba 426
III.- LAS MEDIDAS CORRECTORAS EN LA DCSD 431
1.- Consideraciones preliminares 431

2.- Medidas ante la falta de suministro 433
A) Reiteración de la solicitud de suministro 433
B) La resolución como reacción ante la reiterada falta de suministro 437
3.- Consecuencias de la no conformidad 439
A) Consideraciones preliminares 439
B) Las medidas previstas en el artículo 14 442
i. El carácter dispositivo u obligatorio para el consumidor de la solicitud de puesta en conformidad 442
ii. Condiciones de la puesta en conformidad por el empresario 444
iii. Exoneración al consumidor de solicitar la puesta en conformidad 447
iv. El segundo nivel de medidas correctoras por falta de conformidad 449
v. La reducción del precio 452
vi. La indemnización de daños y perjuicios y la retención del pago como medidas no previstas expresamente 455
vii. La obligación del consumidor de comunicar la resolución del contrato 457
C) La medida de resolución del contrato 459
D) Efectos de la resolución: obligaciones del empresario 463
i. Obligación de reembolso 463
ii. Obligaciones en relación con los datos personales y los contenidos digitales que tengan origen en el consumidor 469
E) Obligaciones del consumidor 476
G) La modificación de los contenidos suministrados 479
H) Derecho de repetición del empresario "aguas arriba" 484
III. – OTRAS DISPOSICIONES 488

CAPÍTULO QUINTO. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 491
I.- LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: CUESTIONES DE INTERÉS PARA LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENDOS Y SERVICIOS DIGITALES 491
1.- Riesgos para la protección de datos personales asociados a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en el entorno de las plataformas digitales 491
2.- La reacción de la Unión Europea: la normativa sobre Protección de datos personales y no personales, desde las necesidades del comercio digital 505
3.- La cuestión de la ubicación territorial del tratamiento de datos por el proveedor de contenidos y servicios digitales 516
4.- La relación de la Directiva (UE) 770/2019 con la normativa de protección de datos: cuestiones de interés 524
A) La relación entre el RGPD y la DCSD 524

B) La base jurídica del tratamiento de datos en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales 527

i. El artículo 6. 1 b) RGPD: ejecución de contrato 529

ii. El artículo 6. 1 f) del RGPD: interés legítimo 537

C) El incumplimiento del RGPD como causa de no conformidad del suministro de contenidos y servicios digitales 542

D) La información precontractual 546

E) El principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales: las sentencias META del TJUE 549

II.- EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A CAMBIO DE LA CESIÓN DE USO DE SUS DATOS PERSONALES POR EL CONSUMIDOR. 555

1.– Descripción de la modalidad contractual y antecedentes 555

A) Precedentes de esta figura en la Unión Europea 559

B) La propuesta de Reglamento CESL 563

C) Los trabajos preparatorios de la DCSD 570

2. – Delimitación del contrato a cambio de datos personales. Supuestos incluidos y excluidos 572

3. – Particularidades regulatorias reseñables del régimen jurídico de esta modalidad de suministro digital a cambio de datos personales 583

4.- La "patrimonialización" de los datos personales: de su configuración como derecho fundamental a su consideración como retribución contractual 586

5.- El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales, en relación con el Reglamento General de Protección de Datos Personales. La cuestión en particular de la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales 594

CONCLUSIONES 602

BIBLIOGRAFIA 612

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA 656

RESUMEN

Los cambios tecnológicos de la última década han tenido un impacto fundamental en el comercio transfronterizo que se realiza por medios digitales, que ha devenido en una realidad cotidiana para los consumidores europeos y de la mayor parte del mundo. Esto ha obligado al legislador de la Unión Europea, consciente del impacto de estos cambios en el mercado único, a adecuar su acervo normativo a esta incontestable realidad.

Este trabajo de investigación estudia el régimen jurídico establecido en la Unión Europea para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Aunque no haya tenido tan amplia repercusión como otras disposiciones más recientes (entre las que pueden citarse el Reglamento (UE) 2022/1925 sobre mercados digitales, o el Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial), la Directiva (UE) 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, constituye uno de los más interesantes desarrollos legislativos adoptados en la Unión Europea en los últimos años en el ámbito del derecho de consumo. No solo por las innovaciones que aporta, sino por ser la primera disposición que regula de manera específica una modalidad contractual tan extendida hoy en la realidad del comercio por medios digitales.

Para su estudio, se ha analizado en primer lugar la normativa adoptada a nivel internacional por organizaciones internacionales de ámbito global y regional. Éstas han abordado entre su normativa convencional los contratos de compraventa internacional, y en alguna medida, los cambios de paradigma que comporta la revolución digital. También se atiende a las legislaciones nacionales de algunos estados que, por su liderazgo tecnológico mundial o su relevante posición geopolítica, podrían constituir referentes normativos relevantes.

Se estudia a continuación al acervo normativo de la UE, abordando el estado del arte en sectores que tienen relación directa con la materia que constituye el investigación. Se analiza de forma sucinta la evolución y situación actual de la regulación UE en diferentes ámbitos, en la medida de su relevancia para el objeto de

estudio: derecho de consumo, protección de datos personales, comunicaciones electrónicas, derecho de contratos y regulación de la propiedad intelectual. Se atiende también, bajo el mismo criterio de relevancia, a los más recientes desarrollos legislativos relativos al mercado de servicios digitales y su impacto en las plataformas de intermediación.

A partir del contexto anterior, se procede al análisis detallado del régimen jurídico del contrato de suministro de contenidos y servicios establecido en la citada Directiva (UE) 2019/770. Se atiende en primer lugar a su objeto y al proceso legislativo seguido, valorando la finalidad armonizadora que se persigue y la metodología empleada para ello. Seguidamente se aborda el contenido y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Directiva. A continuación, y con una referencia a la situación en otros Estados miembros, se estudia la transposición al Derecho español, en su doble traslación al Derecho civil común a través de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y al Derecho civil especial de Cataluña, a través del Código civil de dicha Comunidad Autónoma.

Se profundiza en los aspectos regulatorios del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, atendiendo de manera fundamental al régimen de no conformidad y al sistema de medidas de reparación que se ofrecen al consumidor en la Directiva (UE) 2019/770. El último capítulo se dedica a una de las principales novedades aportadas por esta Directiva, la modalidad contractual; en lugar de en una contraprestación dineraria, consiste en la cesión del uso de los datos personales del consumidor. Se analizan las cuestiones que ello suscita en relación con la normativa UE sobre protección de datos; esto en un contexto de progresiva consideración de los datos, personales o no, como bienes con un valor comercial que ha de tenerse necesariamente en cuenta.

ABSTRACT

The technological changes of the last decade have had a fundamental impact on cross-border trade conducted by digital means. It is now a daily reality for consumers in Europe and in much of the world. This has forced the European Union legislator, aware of the impact of these changes on the single market, to react in order to adapt the EU regulatory acquis to this undeniable reality.

This research paper examines the legal regime established in the European Union for contracts for the provision of digital content and services. It has not had such a wide impact as other more recent provisions (including Regulation (EU) 2022/1925 on digital markets, or Regulation (EU) 2024/1689 laying down harmonised rules on artificial intelligence). But Directive (EU) 2019/770 on certain aspects of contracts for the supply of digital content and services, is one of the most interesting legislative developments adopted in the European Union in recent years in the field of consumer law. Not only because of the innovations that it brings, but also because it is the first provision that specifically regulates this contractual reality, so widespread today in the reality of commerce by digital means.

For this study, we have first analysed the regulations adopted at the international level by international organisations at the global and regional level, which have addressed the phenomenon of international sales contracts in their conventional regulations, and to some extent, the changes brought about by the digital revolution. It also looks at the national legislation of some states that, due to their global technological leadership or their relevant geopolitical position, could contribute relevant regulatory references to the study.

Next, the research has been directed towards the EU regulatory acquis, addressing the state of the art in regulatory sectors with a direct relation to the subject matter that constitutes the object of study of this work. The evolution and current situation of EU regulation in different fields is analysed, to the extent of their relevance to the object of study: consumer law, personal data protection, electronic communications, contract law and intellectual property regulation. The most recent

legislative developments relating to the digital services market and their impact on intermediation platforms or artificial intelligence are also considered under the same criterion of relevance.

Based on the above context, we have proceeded to a detailed analysis of the legal regime of the contract for the supply of content and services established in the aforementioned Directive (EU) 2019/770. We first look at its purpose and the legislative process followed by the regulation, assessing the harmonising purpose of the national legislations pursued and the methodology followed to achieve it. This is followed by a discussion of the content and the objective and subjective scope of application of the Directive. Next, and with a reference to the situation in other Member States, a study of the transposition of the Directive into Spanish law, in its double translation into both ordinary civil law through the General Law on Consumers and Users, and into the special civil law of Catalonia, through the Civil Code of this Autonomous Community.

It delves into the regulatory aspects of the contract for the supply of digital content and services, paying special attention to the non-conformity regime and the system of remedies offered to the consumer by Directive (EU) 2019/770. The last chapter is devoted to one of the main novelties brought by this Directive, the contractual modality; instead of a monetary consideration, it consists in the transfer of the use of the consumer's personal data. The issues that this raises in relation to EU data protection law are analysed; this in a context of the progressive consideration of data, personal or not, as goods with a commercial value that must necessarily be taken into account.

INTRODUCCIÓN

El suministro de contenidos y servicios digitales constituye hoy día un fenómeno jurídico cotidiano para la mayoría de consumidores en la Unión Europea. El extraordinario desarrollo del comercio electrónico en la última década, unida a la generalización del acceso en *streaming* -o retransmisión en directo- a contenidos audiovisuales, ha convertido en cotidiana esta modalidad de contratación a distancia, consustancialmente ligada a la expansión de Internet, y facilitada por el soporte tecnológico que proporcionan hoy día las comunicaciones electrónicas.

Ello unido al desarrollo más reciente de las llamadas plataformas digitales, como entornos "particularizados" de la red de redes que es Internet, presenta una importancia económica creciente, que afecta a entornos de prestación de servicios cotidianos (desde transporte a entrega de comida a domicilio, o reservas hotelera), así como la expansión de los denominados *smart contracts* como fórmula de contratación automatizada, ha llevado al interés del autor a profundizar en la investigación jurídica de estas nuevas modalidades de contratación.

Como es habitual, el legislador avanza tras los pasos de una realidad a la que pretende atrapar normativizándola, pero respecto de la que va perdiendo progresivamente más y más distancia, en un marco global en el que las fronteras nacionales (e incluso supraestatales, como deben considerarse las de la Unión Europea), han impulsado definitivamente una evolución tecnológica que avanza en progresión aritmética, desde centros de desarrollo que se ubican ya en otros hemisferios.

Siendo el fenómeno diacrónico consustancial al Derecho desde sus mismos orígenes, lo que resulta verdaderamente extraordinario en nuestros días es lo inaprensible de esa evolución tecnológica, que cambia a una velocidad creciente e incluso debe ser retenida por los propios desarrolladores, a fin de permitir su asimilación por unos destinatarios que muchas veces no tienen capacidad para asumir los cambios al ritmo al que se producen. Si la generación a la que pertenece el autor nació no ya sin Internet, sino desconociendo los ordenadores más allá de

una realidad lejana en forma de enormes máquinas que utilizaban tarjetas perforadas, a la de nuestros hijos simplemente le es inimaginable una realidad ajena a los dispositivos personales de comunicación, permanentemente conectados a la red y que dan acceso a todo el universo del conocimiento (o del mero entretenimiento).

En este entorno, cuando la Comisión Europea anunció en 2015 la presentación de varias propuestas para desarrollar la Estrategia del mercado único digital en la UE, nos pareció de interés profundizar en aquella dirigida a normativizar los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. La iniciativa pretendía regular, aun de forma parcial, el fondo de una de las manifestaciones que han devenido, como decimos, más cotidianas en el contacto directo del consumidor europeo (y de buena parte del mundo) con el entorno digital, regulación de la que no parecían existir precedentes significativos, más allá de alguna mención más bien general en la normativa UE de consumidores.

La importancia de este tipo de contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, tal y como están definidos en la Directiva (UE) 2019/770 (a la que en adelante nos referiremos como DCSD), es incontestable, al incluir en la práctica la casi totalidad de las actividades diarias de un consumidor en el entorno digital (descarga y utilización de aplicaciones en sus dispositivos móviles o en otro tipo de bienes conectados a la red –como televisores, vehículos, electrodomésticos; servicios de correo electrónicos y de redes sociales, acceso y disfrute en *streaming* de contenidos de vídeo o musicales, servicios de alojamiento de contenidos en la nube, acceso a todos los medios de comunicación –escritos, radiofónicos, televisados, o en forma de podcast-, consulta de todo tipo de información –meteorológica, transportes, recorridos, etc.). Quizá la única excepción relevante que excluye la regulación son los servicios de acceso a la red, los servicios financieros o el contenido digital suministrado por organismos públicos.

Ello hace especialmente interesante el estudio de esta regulación, adoptada por el legislador de la Unión Europea en 2019, no solo por afectar a la realidad cotidiana de prácticamente todos los ciudadanos europeos, sino por el carácter novedoso de la materia, en cuanto no existía una regulación específica de este tipo

de contratos en España ni en la propia UE (con alguna salvedad poco relevante en alguna legislación nacional).

El objeto de la investigación debía ser, en primer lugar, incardinar dicha regulación en una realidad de reciente conformación jurídica, como es la del comercio electrónico y la prestación de servicios digitales. Para abordar el ejercicio, parecía necesario analizar el panorama comparado, a fin de determinar si existen precedentes de una regulación similar en el marco de las principales organizaciones internacionales que se han ocupado de regular la contratación internacional. A tal fin, en el capítulo primero se atiende al estado de la regulación que en relación con estas materias se habían alcanzado por organizaciones internacionales de ámbito global (NN.UU., OMC), o regionales (Mercosur, Partenariado Transpacífico, Unión Africana).

Establecida, en su caso, la inexistencia de una normativa internacional sobre la materia, y considerando el alcance de otra regulación relativa a la actividad comercial en el entorno digital, resultaba de interés también examinar la regulación nacional en determinados países que lideran el ámbito tecnológico mundial, en lo que al comercio a través de la red se refiere. En ellos tienen su origen y sede las principales empresas mundiales que dominan el mercado mundial de plataformas digitales de intermediación, que canalizan e intermedian hoy, en una proporción abrumadora, el comercio electrónico transfronterizo, así como los principales servicios de mensajería y redes sociales en el mundo. Asimismo, y a ello se dedica también el primer capítulo, convenía examinar la situación en otros países significados de los continentes asiático y americano, con el mismo fin de comprobar si la materia había sido objeto de regulación.

No siendo el caso, cabía indagar las posibles razones por las que se ha abordado esta concreta regulación en la Unión Europea. Para ello, se ha juzgado interesante abordar la cuestión a partir del examen de las áreas normativas que presentan una conexión, más o menos intensa, con la que nos proponíamos estudiar. El capítulo segundo parte del examen, necesariamente breve, del acervo UE en ámbitos como el derecho de consumo, la protección de datos, las comunicaciones electrónicas, defensa de la competencia, el sistema de Derecho internacional

privado, o la necesaria actualización de la normativa relativa al mercado único para asumir la realidad digital. Ello debe permitirnos alcanzar una comprensión más clara de las razones que habían llevado al legislador de la Unión a abordar esta regulación.

La trascendencia de la DCSD, quizá más que por la extensión o profundidad de su regulación, obedece a la pluralidad de facetas desde las que puede efectuarse el acercamiento a la misma: como un paso en el desarrollo del Derecho de contratos en la Unión, después del fracaso que supuso la propuesta de Reglamento Europeo de compraventa como apuesta por una vía diferente seguida hasta el momento por el legislador de la Unión. También es destacable, y así se abordará, la perspectiva de la protección de datos personales, en un contexto cada vez más líquido e inestable para la privacidad de los consumidores, frente a tecnologías que le son absolutamente inescrutables pero, al mismo tiempo -y precisamente por ello-, respecto de las que resulta esencial fortalecer su confianza.

Presentaba también un especial interés considerar los desarrollos normativos que, en los últimos tres años, han abordado los nuevos modelos económicos propios de las plataformas digitales. Los mercados y servicios digitales que tienen una incidencia directa en el suministro digital, que en buena medida se verifica a través de ellos, lo que obligaba también a considerar su regulación. Asimismo, y con un carácter más reciente (su publicación en el Diario oficial de la UE data del mes de julio de 2024), no podía obviarse una regulación tan relevante como la que aborda la Inteligencia Artificial, en la que la Unión Europea ha sido pionera y que constituye actualmente una tecnología en pleno desarrollo. Todo ello se aborda también en el capítulo segundo.

Los estándares establecidos por la UE en las áreas del derecho de consumo o de la protección de datos, sin duda de los más elevados que pueden encontrarse en el mundo, confrontan con la necesidad de no perder una posición de liderazgo mundial en el desarrollo tecnológico, o la necesidad de mantener una economía suficientemente competitiva con las grandes potencias mundiales. El elevado nivel de protección de los consumidores adoptado por la UE, o las disparidades que el mismo presenta respecto a terceros países, pueden explicar la dificultad de alcanzar

acuerdos regulatorios de carácter internacional, dada la reducción que podrían conllevar del umbral de protección ambicionado por la Unión Europea, primer mercado mundial por número de consumidores.

Sobre la base hasta ahora descrita, se ha procedido ya desde el capítulo tercero al estudio de la DCSD, estableciendo sus precedentes en el marco normativo europeo, así como el ámbito contractual que se ha pretendido realmente acoger en la norma. Son múltiples las vías desde las que ha de abordarse el estudio de la norma. Pero este trabajo, necesariamente, debe acotar su campo de estudio y establecer el objetivo de la investigación desarrollada.

Los principales objetivos de la investigación han sido, por un lado, la indagación sobre la efectiva creación de un nuevo contrato típico que sólo se constituye como tal en el Derecho de la Unión, puesto que no se impone a los Estados miembros la regulación de dicha figura contractual. El por qué se aborda una regulación parcial de la materia desde un enfoque de armonización completa de las legislaciones nacionales, con los pros y contras que ello conlleva, y buscando las razones que han justificado dicho enfoque. Con ello, la razón por la que no se ha considerado una regulación sistemáticamente más completa de la materia, que hubiese asegurado una mayor uniformidad en su régimen jurídico, o la decisión de abordarla a través de una directiva (en un momento en que el legislador UE ha apostado claramente por el reglamento como instrumento de armonización). Todo ello debía tener una justificación que es preciso comprender y valorar.

El análisis detallado de la regulación contenida en la DCSD resultaba también obligado, y a ello se atiende en los capítulos tercero y cuarto. Un examen minucioso de aquellos aspectos que el legislador UE ha decidido abordar en la norma, considerando al tiempo aquellos otros que se dejaban a la regulación nacional, debía permitir evaluar si el objetivo perseguido con la norma y su enfoque regulatorio podía efectivamente alcanzarse, o por el contrario el mayor peso de los aspectos no regulados expresamente, o remitidos a la regulación de los Estados miembros, dificultan la finalidad armonizadora buscada por los colegisladores de la Unión. A tal fin, el estudio de la transposición al Derecho español constituye también un elemento de necesaria atención, dándose además la particularidad de que la

Directiva europea ha dado lugar a dos regímenes diferentes en el Derecho patrio, uno de Derecho común general y otro de Derecho civil especial autonómico.

Se busca analizar así la eficacia de la regulación respecto de la realidad que pretende abordar, y su suficiencia para considerar que efectivamente el legislador de la Unión ha alcanzado los objetivos pretendidos con la nueva figura contractual, reflexionando por último sobre las consecuencias que ello tiene sobre la construcción de un auténtico derecho de contratos de la Unión Europea.

El estudio de las cuestiones expuestas conduce a otros interrogantes que cabía también plantearse. Entre ellos, la calificación que merece la regulación de una figura contractual novedosa en el Derecho español, a la que se dota, por mandato del legislador europeo, de una regulación sustantiva y, si no completa, de una amplitud suficiente para considerar la posibilidad de una nueva figura típica en el derecho de contratos que, al margen de los códigos que tradicionalmente han codificado los contratos típicos, se inserta en una norma sustantiva del derecho de consumo como es la LGCU.

En segundo lugar, y de ello se ocupa el capítulo quinto, se aborda la DCSD desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Siendo múltiples las intersecciones que la DCSD presenta respecto del RGPD, pilar normativo en que la Unión Europea hace reposar la regulación de la materia (con el complemento que, en el marco de las comunicaciones electrónicas proporciona la Directiva 2002/58/CE, en un inconcluso proceso de revisión que dura ya cuatro años al rematar estas líneas), la investigación se ha centrado en uno de los aspectos más novedosos y problemático de la DCSE: el contrato cuya contraprestación es la cesión o autorización para el tratamiento de los datos personales del consumidor. Se analizan las principales dificultades de esta nueva figura, que si bien responde a una realidad hoy ya cotidiana, aun presenta desde el punto de vista jurídico incertidumbres significativas.

Esta modalidad contractual recogida en la DCSD suscita cuestiones de interés. No solo en cuanto a la determinación de sus elementos constitutivos, sino también en qué casos la cesión de los datos constituye efectivamente la contraprestación contractual, o como interactúa la exigente regulación de

protección de datos con la normativa puramente contractual del suministro digital, o qué base jurídica debe considerarse que legitima el tratamiento de datos personales que realiza el empresario en el marco contractual del suministro de contenidos y servicios digitales. Por todo ello, esta particular modalidad del contrato es también objeto de especial atención, a fin de plantear posibles respuestas a las cuestiones apuntadas.

Finalmente, otro aspecto que ha motivado este estudio ha sido la inexistencia en España de monografías específicamente dedicadas al estudio de esta Directiva. Existiendo numerosos artículos y alguna reciente obra académica colectiva sobre la misma, así como monográfias sobre la transposición de su "directiva gemela" (Directiva (UE) 771/2019), no se encontraba sin embargo una obra monográficamente dedicada al análisis de la DCSD, abordando el panorama regulatorio internacional y, como también parecía necesario en este caso, aquellos aspectos del acervo UE que tienen relación directa con la materia regulada, más allá del propio derecho de consumo.

La Directiva sobre la que versa este trabajo marca un paso adelante simbólico en la construcción del Derecho de contratos en la UE, en el tiempo de la economía digital y la Inteligencia Artificial.

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Introducción

Este primer capítulo tiene carácter introductorio y trata de ofrecer un marco de referencia al objeto principal de estudio: el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, como modalidad específica de contrato electrónico.

Se abordará una primera delimitación conceptual del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, y una primera referencia a sus caracteres jurídicos, clasificación y notas definitorias, que permiten ya esbozar el objetivo principal de este trabajo.

Dado su carácter de contrato celebrado por medios electrónicos, este ejercicio introductorio prosigue abordando el comercio en entornos digitales en los que se desarrollan aquellos, considerando su origen, sus presupuestos técnicos y económicos, su evolución y una exposición de su regulación jurídica en el mundo (con exclusión, en este momento, de la legislación de la Unión Europea y española, que se abordará con detalle en capítulos siguientes). En esta exposición, no exhaustiva sino de encuadre, se aborda la regulación del comercio electrónico por parte organizaciones internacionales globales y regionales, en los EE.UU. (Estado que, por el momento, mantiene el liderazgo mundial en este tipo de comercio), concluyendo con un más somero repaso de la legislación de otros estados significativos a nivel mundial.

Se concluye el capítulo con una aproximación a las plataformas digitales, ineludible dado el auge alcanzado hoy por las mismas como canales que concentran un altísimo porcentaje del comercio electrónico mundial, y en gran medida de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

I.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.- Noción de contrato celebrado por medios electrónicos. Concepto y caracteres definitorios

La definición del objeto de estudio en este trabajo, el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, ha de abordarse necesariamente desde una perspectiva más amplia: la de los contratos celebrados en por medios digitales, de los que es una modalidad. A ello dedicamos la primera parte de este capítulo, que se completará con una exposición del régimen normativo internacional que en este momento regula la contratación por medios digitales en distintas partes del mundo, con excepción de la Unión Europea y de España.

Es preciso, al abordar esta delimitación, distinguir la noción de contrato informático y de contrato electrónico. La primera acepción ha sido utilizada por la doctrina española en relación a aquellos contratos cuyo objeto lo constituyen bienes informáticos (programas de ordenados, equipos de informática o comunicaciones electrónicas, licencias de programas, hardware o software). Sin embargo, el término contrato electrónico o contrato celebrado por vía electrónica son aquellos que se caracterizan por el medio a través del cual se transmite la declaración de voluntad, como veremos seguidamente[1].

La doctrina ha distinguido la expresión "comercio electrónico", entendiendo por ella todo tipo de transacciones comerciales –compraventa de bienes o prestación de servicios- que se verifican a través los medios proporcionados por las nuevas tecnologías de comunicación, como Internet. Por su parte, el término contratación electrónica (o contrato celebrado por vía electrónica) se aplicaría a todo contrato en que la oferta y la aceptación se ha transmitido y recibido a través de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de comunicaciones (Pertinez Vilchez, González de Alaiza Cardona. 2020:1913-1915).

[1] Véase al respecto de esta distinción Plaza Penades (2021:573)

En este trabajo, utilizaremos este sentido del término "contrato electrónico", refiriéndonos al "comercio electrónico" como el conjunto de transacciones comerciales verificadas a través de Internet, incluyendo las distintas plataformas que operan a través de dicha red.

Al referirnos al suministro de contenidos y servicios digitales aludimos a la relación jurídica bilateral y consensual, a través de la que se articula la obtención, a cambio de una contraprestación, de unos bienes o prestaciones de carácter inmaterial, cuya característica esencial es que pueden ser entregados y recibidos o disfrutados a distancia, a través de medios de comunicación electrónicos, principalmente en el caso de contratos celebrados por consumidores, mediante el uso de Internet. Comparten así con el resto de contratos electrónicos la característica de no requerirse la presencia física simultánea de las partes del contrato para su generación o preparación, perfección, ni consumación. En muchas ocasiones incluso el contrato se desarrolla sin necesidad de una comunicación personal directa, al articularse el intercambio de bienes exclusivamente mediante dispositivos automáticos, al menos en lo que a una de las partes del contrato se refiere.

Atendiendo a la teoría general del contrato, el contrato debe reunir los elementos esenciales exigidos para su existencia, que en el Derecho español comporta la concurrencia del consentimiento, objeto y causa, conforme al artículo 1261 CC, que constituyen los requisitos esenciales para que el contrato pueda válidamente constituirse. Como recuerda Marín López (2009:589), estos tres requisitos esenciales deben existir en todos los contratos, tanto en los típicos como en los atípicos, cuestión que adquiere relevancia en este estudio por cuanto el mismo se refiere a una tipología de contrato que no ha tenido regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico hasta la transposición al Derecho español de la DCSD.

En cuanto al primero de los requisitos, el consentimiento, el mismo exige la concurrencia o acuerdo de voluntades entre las partes del contrato (que han de presentar la adecuada capacidad para consentir y para contratar) sobre el objeto y la causa del contrato (artículo 1262. CC). La mención al carácter consensual del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales se refiere a la existencia no sólo de una voluntad de contratar, sino de la transmisión de la misma a través de

una declaración, no siendo por tanto suficiente la mera existencia de tal voluntad, aun cuando la misma sea coincidente entre las partes que confluyen en la relación contractual[2]. Asimismo, es preciso, conforme al artículo 1262 CC, el concurso de voluntades de las partes orientadas a la celebración del contrato. En el caso de los contratos celebrados por medios de electrónicos, no se requiere que exista acuerdo previo entre las partes sobre la utilización de los mismos[3], debiendo recordarse la equivalencia funcional entre las declaraciones de voluntad recogidas por dichos medios electrónicos, con la expresión de dicha voluntad por medios de escritura tradicional[4].

En cuanto a la forma, también debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de libertad de forma (artículo 1278 CC y articulo 51 CCom), que determina, con carácter general, la obligatoriedad y plenos efectos de los contratos que se reúnan los requisitos esenciales ya enunciados, cualquiera que sea la forma de su celebración.

Esto fue expresamente refrendado para los contratos electrónicos en Derecho español (cumpliendo así con lo exigido por el artículo 9, apartado 1 de la DCE[5]), por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información[6] (LSSI), cuyo artículo

[2] "La sola voluntad contractual de las partes, aunque fueren coincidentes en su propósito, no constituye consentimiento contractual. La voluntad o consentimiento contractual relevante jurídicamente es la que se apoya, se manifiesta y se transmite por medio de una declaración de voluntad dirigida a la otra parte. Como regla, en Derecho español, esa declaración vale como hecha de cualquier forma (incluso por silencio)".: (Carrasco Perera. 2021).

[3] "El régimen del contrato celebrado a distancia por medio de las nuevas técnicas de comunicación electrónica ha sido parcialmente regulado en la LSSI y, en el extremo relativo a la perfección del contrato, en la nueva versión del art. 1262.III CC. La validez de los contratos celebrados por medio de estas técnicas no requiere que haya un acuerdo previo sobre el uso de las mismas (art. 23.2 LSSI)" (Carrasco Perera. 2021)

[4] Así, artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE nº. 166, de 12.07.2002.

[5] "Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica". Artículo 9, apartado 1, de 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).

[6] Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE nº. 166, de 12.7.2002.

23, apartado 1, lo establece expresamente[7], determinando la normativa aplicable a los mismos. Igualmente, el apartado tercero de dicho artículo 23 LSSI completa la aplicación del principio de equivalencia para los supuestos en que se exija la forma escrita[8], considerando que el formato electrónico proporciona, de modo suficiente, las funciones exigibles al documento escrito (Pertinez Vilchez, González de Alaiza Cardona. 2020:1929).

Los contratos electrónicos producen así todos los efectos establecidos por el ordenamiento jurídico para los contratos cuando reúnan tanto el consentimiento de las partes para contratar, como el resto de requisitos establecidos en el artículo 1261 CC para la validez del contrato (Plaza Penades. 2021:574). Resulta por tanto de aplicación a los mismos las normas generales de validez y eficacia de los contratos, fundamentalmente contenidas en el CC y en el CCom, sin perjuicio de la progresiva actualización y adaptación de dicha regulación general para recoger, de modo expreso, las características propias de estos nuevos medios de vehicular la contratación.

Al respecto, Linacero de la Fuente (2024:80) destaca como la propuesta presentada el 1 de agosto de 2023 por la Comisión General de Codificación para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos señala en su exposición de motivos que el Código Civil español el mismo es, en la señala materia, uno de los más antiguos de nuestro entorno, incluyendo la propuesta de modernización reseñada, entre otras cuestiones, la introducción en dicho CC de la contratación electrónica. También en relación con este proceso de modernización del CC en curso, Morales Moreno (2024:110) realiza unas consideraciones que resultan de interés en lo relativo a este trabajo, al señalar como hoy en día el derecho de contratos no puede seguir concibiéndose como un derecho nacional con características propias, sino que debe abordarse como un derecho "necesariamente

[7] "1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.
Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.". Artículo 23 de la LSSI.

[8] "3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico". Artículo 23 LSSI.

globalizado" e inherente a una economía de carácter transfronterizo (que, en el ámbito territorial de la UE, se configura como un mercado único).

Abordando su encuadre dogmático, otro aspecto que será objeto de análisis es el proceso que ha llevado del inicial carácter innominado o atípico de estos contratos pese al cual era posible distinguir unas prestaciones propias o asimilables a categorías negociales típicas (si bien con particularidades o especificidades que no tenían perfecto encaje en ellas), hasta la configuración de modalidades reconocibles bastante consolidadas, objeto de una regulación propia.

Debe recordarse que son contratos típicos aquellos para los que las leyes establecen una regulación sustancial, no bastando para considerarlos tales una o varias menciones incidentales en la ley. Los contratos que carecen de dicha regulación sustantiva propia serán los atípicos, que se rigen por las normas generales de los contratos, así como por la normativa de los contratos parecidos o, de la misma o análoga naturaleza jurídica; forman también parte de los contratos atípicos los denominados contratos complejos, que reúnen prestaciones de distintos contratos típicos que se unifican por la causa concreta o fin que persiguen (Bercovitz Rodríguez-Cano. 2020:119-126). El mismo autor distingue los contratos típicos de los contratos "normados", que son aquellos respecto de los que el legislador ha regulado con carácter general o en algún aspecto esencial mediante un previo control administrativo de sus cláusulas o condiciones generales, o por ejemplo de las tarifas aplicables a los mismos. Señala finalmente que es en el campo genérico de la prestación de servicios "donde los contratos atípicos se multiplican con mayor profusión", al ser frecuente que contratos de servicios típicos vayan acompañador de otras prestaciones complementarias de distinta naturaleza, o que los servicios considerados en el contrato sean entre sí diversos.

En este trabajo se examinará el proceso a través del que se ha establecido una normativa propia para estas modalidades de contratos en la Unión Europea y, su traslación al Derecho español. Dentro de esos negocios jurídicos inicialmente atípicos, predominan los llamados contratos mixtos, es decir, aquellos en los que concurren propósitos propios de otros tipos de contrato y, en algunos casos, contratos típicos con prestaciones extrañas y contratos conexos en su finalidad económica (De Castro y Bravo. 1967:206).

En este sentido, y como señala Castillo Parrilla (2018b:72), pese a la mención del contrato de suministro de contenidos digitales en la fallida propuesta de Reglamento CESL[9] y en la Directiva 2011/83/UE, "se trata no obstante, de una figura nominada pero atípica, al menos por el momento, ya que los textos anteriores se limitan a mencionarla, pero no recogen una regulación esencial de la misma". Nuestro objetivo en este estudio es analizar la nueva regulación adoptada en la Unión Europea con la Directiva 2019/770, y en qué medida ha dotado a este tipo de contratos de una caracterización propia en el ordenamiento jurídico comunitario y español. Castillo Parrilla (2018b:72) menciona también la dificultad de limitar esta figura contractual, debido a su amplitud y modo en que ha sido construido, por cuanto se ha elaborado la misma en torno a los bienes que constituyen el objeto propio del contrato, que serían los contenidos y servicios digitales prestados, en lugar de centrarse propiamente en lo que constituye el objeto de la prestación, que es propiamente el suministro de los anteriores.

Y es que uno de los principales problemas para delimitar esta figura contractual es, precisamente, su objeto, así como la circunstancia de que dicho objeto, en esencia inmaterial, pueda estar esté integrado o no, a los efectos del contrato, en un soporte material. Las características de dicho soporte, y en concreto el que pueda tener alguna función adicional a la estricta de contendor del contenido digital, puede ser determinante, como se verá al analizar el ámbito objetivo de aplicación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, para la aplicación o no de este régimen jurídico.

La cuestión de la celebración del contrato entre partes que no están presentes también resulta relevante, en cuando, como señala Sánchez Calero (2022: Formación del contrato) en relación con la formación del contrato mercantil, la LSSI modificó la regulación tanto del CC como del CCom, que hasta entonces mantenían criterios dispares, sobre la perfección del contrato entre ausentes, modificación determinada para adaptar nuestros textos a la realidad del comercio por medios electrónicos, esencialmente una forma contractual entre partes que no están

[9] Acrónimo en lengua inglesa de *Common European Sales Law*, denominación con la que fue conocida la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)

presentes. Así, el artículo 29 de dicha LSSI, con redacción análoga ya a la del artículo 1262, apartado 2 CC, ha establecido que los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga un consumidor se presumen celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos concluidos entre empresarios o profesionales, si otra cosa no se dispone entre las partes, se presumen celebrados en el lugar en que esté establecido el llamado «prestador de servicios»; es decir la persona que proporciona un servicio de la «sociedad de la información». A los efectos del presente estudio, es la primera tipología la que resulta relevante. La perfección del contrato entre ausentes, conforme a la norma armonizada en los códigos civil y mercantil, es la que recoge el artículo 54 del CCom ("hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe") y 1262, apartado 2, CC. Como también señala Sánchez Calero (2022: Formación del contrato), el propio del derecho de consumidores el que el empresario quede vinculado por las condiciones o garantías anunciadas en las ofertas de bienes o servicios que publicita, regla que es la que recogen actualmente nuestros textos civil y mercantil

Es también relevante para este estudio la característica de la onerosidad de los contratos. Bercovitz Rodriguez Cano (2020:127) define los contratos onerosos como aquellos "en los que el beneficio que espera obtener una parte mediante su cumplimiento es consecuencia o a cambio de un propio sacrificio previo, simultáneo o posterior en el tiempo". Es interesante a estos efectos recordar la regla interpretativa recogida en el artículo 1289 del CC, para el caso de duda sobre el carácter oneroso o gratuito de un contrato, y según la cual, cuando dicha duda recaiga sobre elementos accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, "se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

El objeto de nuestro estudio es por lo tanto un tipo de contrato caracterizado generalmente por las notas de bilateralidad[10], onerosidad[11] (con matices, como

[10] Son contratos bilaterales o sinalagmáticos aquellos "que crean obligaciones recíprocas para las partes" (Castán Tobeñas, García Cantero. 2021:485).

[11] Son contratos onerosos "aquellos en que una parte de las partes aspira a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación". Dentro de los onerosos, serían del tipo conmutativo, es decir,

trataremos de exponer en detalle) y, en ocasiones, pluralidad de partes, que se prepara, perfecciona y ejecuta a distancia -sin la presencia física simultánea de las partes- y por ello (con las consecuencias jurídicas inherentes a ello en nuestro ordenamiento), fuera de establecimiento mercantil. Tanto el proceso de preparación y perfección del contrato, como el de su ejecución – con la obtención por las partes de sus respectivas prestaciones- se realiza, insistimos, a través de sistemas electrónicos de comunicación.

En segundo lugar, se trata en la inmensa mayoría de ocasiones de contratos de adhesión, celebrados con una pluralidad de contratantes, y en los que se impone la asunción por una de las partes de cláusulas generales de la contratación, que no han sido negociadas específica e individualmente entre las partes. Esto lleva ya a anotar, en cuanto a las partes del contrato, que en la mayoría de las ocasiones este tipo de contratos se celebra entre profesionales y consumidores, con las consecuencias jurídicas que ello comporta. Aunque no es una nota consustancial a estas modalidades contractuales (De Miguel Asensio. 2022:863), sí que afecta hoy en día a una gran mayoría de las contrataciones de esta naturaleza que se realizan, en las que además una de las partes es una empresa especializada en la prestación de estos servicios por Internet.

Sin embargo, no es como decimos una característica esencial ni exclusiva de estos contratos la participación de un consumidor -entendiendo por tal a la persona que contrata fuera de su ámbito de actuación profesional-. Es más, en sus inicios, la contratación electrónica se desarrolló fundamentalmente y casi exclusivamente entre empresas, que comenzaron a articular sus relaciones comerciales mediante redes cerradas de interacción, en entornos cerrados y seguros que, como apunta Madrid Parra (2019:28), "facilitaba la implementación de los procesos productivos al hacer que los ordenadores transmitiesen a los proveedores la información relativa al suministro de productos o servicios justo en el momento preciso".

No obstante, y en lo que al objeto de estudio en este trabajo se refiere, nos centraremos en los contratos celebrados con consumidores, puesto que han sido a

aquellos en que cada parte atiende a la adquisición de un equivalente de su prestación "pecuniariamente apreciable, y bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato". (Castán Tobeñas, García Cantero. 2021:485).

estos a los que afectan y van destinadas las nuevas normas adoptadas en la Unión Europea que se pretenden estudiar. De ahí que resulte también necesario analizar el marco normativo actualmente vigente en la Unión Europea en lo que a protección de consumidores se refiere, particularmente en su actividad contractual, que es donde las directivas (UE) 2019/770 (objeto central de nuestro estudio) y 2019/771 tienen su encaje sistemático.

Desde el punto de vista de la clasificación de los contratos celebrados en entornos digitales, es propio de los mismos el que se distingan entre contratos directos o indirectos (De Miguel Asensio. 2022:887). Desde esta distinción, que se ha venido estableciendo desde el inicial tratamiento dogmático de estas modalidades de negocio, los contratos que vamos a analizar son esencialmente contratos electrónicos directos. La distinción se apoya en que la transacción que se realiza por medios electrónicos afecte a un bien tangible, cuya entrega no pueda tener lugar telemáticamente o en línea, o a aquellos en que esto es posible, de modo que el contenido o servicio contratado se obtiene también a través de la red, sin soporte físico. El comercio electrónico directo incluye la puesta a disposición a través de la red de bienes sin soporte físico, información digitalizada o prestación de servicios en línea. El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, que responde esencialmente a estas características es, por tanto, parte del comercio electrónico directo, y ello constituye una característica esencial del mismo que lo denota y determina en buena medida el resto de sus características[12].

En esta labor inicial de delimitación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales como contrato celebrado por medios electrónicos, es preciso también distinguirlo del contrato de suministro. No siendo un contrato típico recogido ni en el CC ni en el CCom, sí ha sido delimitado jurisprudencialmente. Será así, en el ámbito mercantil, aquel contrato cuyo objeto es la realización de varias prestaciones a lo largo del tiempo, entre partes vinculadas por un contrato marco de suministro periódico, extendido en el tiempo, de un determinado bien (Sierra Noguero. 2020:161). Se diferencia del contrato de compraventa precisamente por

[12] "El comercio electrónico directo se refiere a aquellas transacciones que no solo se desarrollan a través de medios electrónicos, sino que tienen además por objeto sobre el que recae el contrato de bienes o servicios informáticos, de manera que todo el proceso de contratación discurre a través de medios electrónicos" (CASTILLO PARRILLA. 2018:113)

constituir su objeto esa prestación recurrente –o varias prestaciones a lo largo del tiempo-, y cuya finalidad es evitar la realización de contratos separados para cada uno de los actos de suministro[13]. Considerado mercantil por cuanto el suministro se entiende como acto de comercio (al requerir una adecuada actividad empresarial o comercial), el mismo puede contratarse por un consumidor, en cuyo caso le será aplicable la normativa de consumo además de la estrictamente mercantil[14]. Esta distinción también debe aplicarse, lógicamente respecto del contrato administrativo de suministro, variante típica del contrato de suministro sometida a la normativa de contratación administrativa, y que hoy se recoge en el artículo 16 de la Ley de Contratos del Sector Público[15].

Aun cuanto exista la coincidencia nominal, el contrato objeto de este estudio se caracteriza no solo por la circunstancia ya señalada de celebrarse entre las partes a través de medios electrónicos, sino también porque su objeto principal lo constituyen, en todo caso, bienes inmateriales cuya puesta a disposición del cliente o consumidor se verifica, igualmente, por medios electrónicos, y que es objeto de una regulación específica debiendo en consecuencia de distinguirse claramente del señalado contrato mercantil.

2.- Carácter transnacional

Otra nota definitoria es el carácter eminentemente transnacional de estos contratos. El que los mismos se vehiculen a través de sistemas electrónicos de comunicación, y principalmente por Internet, propicia el que las partes se sitúen en distintos estados, que los oferentes de las prestaciones sean empresas

[13] Rivero Ysern (2015:15) nos ofrece la siguiente definición del contrato de suministro: "El contrato de suministro se nos presenta como una compraventa de ejecución sucesiva que versa sobre géneros, sustancias, artículos u objetos precisos para la alimentación, combustible, obras, trabajos, elementos estos a consumir o utilizar para servicios o menesteres ordinariamente accesorios".

[14] "El suministro es un acto de comercio, pues la acción de suministro requiere una adecuada actividad empresarial (Alonso Soto), sin perjuicio de que, si el cliente es un consumidor o usuario, será de aplicación la normativa de consumo complementaria al Código de Comercio". (Sierra Noguero. 2020:161)

[15] "Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles". Artículo 16, apdo. 1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE

especializadas que se encuentran radicados en estados diferente, y en ocasiones con jurisdicciones ajenas a la Unión Europea, que ofrecen sus servicios en todo el mundo. Ha de partirse de que Internet se configura como una red abierta, a la que es consustancial el que no se limite el número de sus posibles intervinientes a un entorno cerrado, sino que potencialmente se encuentre abierto a, prácticamente, todo el mundo. En todo caso, Internet ha generalizado en entornos digitales los contratos de consumo de carácter internacional –con carácter general, los celebrados entre partes situadas en distintos estados[16]-, con el aumento de riesgos y complejidad judicial que ello comporta en caso de conflicto (determinación de ley aplicable, competencia judicial internacional, etc.). No deja sin embargo de recordar también el mismo autor que, pese al carácter teóricamente mundial de Internet como tecnología de comunicación, esta realidad se confronta con la del alcance territorialmente limitado de los ordenamientos jurídicos, "lo que dota en la práctica de una importancia fundamental a la localización espacial de múltiples actividades desarrolladas en línea" (De Miguel Asensio. 2023:30).

Ello no obstante, debe aludirse ya a dos aspectos que afectan al carácter transnacional de esta contratación. Por un lado, la gran extensión en el modelo comercial que tratamos, de la contratación a través de plataformas, en el que profundizaremos más adelante, que supone la existencia de entornos comerciales perimetrados dentro de Internet.

Otro fenómeno que puede condicionar el ámbito territorial del contrato electrónico es el llamado geobloqueo o bloqueo geográfico, limitación del acceso al contenido de Internet en función de la localización territorial del internauta, utilizado por las grandes plataformas de comercio electrónico por Internet en razón de estrategias comerciales, obligaciones derivadas de las condiciones de licencia de los productos comercializados, o la intención de evitar la aplicación de regulaciones vigentes en ciertos estados. El bloqueo geográfico puede también determinar la aplicación de condiciones contractuales, generales o particulares, diferentes según

[16] No desconocemos que, un contrato internacional no es exclusivamente el que involucra a partes situadas en distintos estados, sino que, como señala el profesor Arenas García, sino todo aquel en el que "cualquier elemento relevante del contrato se localiza en un estado diferente del de la nacionalidad de las partes". No obstante, como señala el mismo autor, "[e]n la mayoría de los supuestos, los contratos internacionales involucran a partes situadas en diferentes estados[…]" (Arenas García. 2014:528)

el lugar del domicilio del cliente, lo que, como se verá más adelante, ha sido regulado por la Unión Europea[17].

Explica De Miguel Asensio (2023:1246) que el geobloqueo o la utilización de mecanismos de geolocalización de usuarios, como instrumentos para limitar territorialmente el acceso a contenidos o servicios, es consecuencia de la paradoja que produce el alcance prácticamente global de las actividades de los principales operadores de comercio electrónico, plataformas digitales o redes sociales, con la coexistencia de ordenamientos jurídicos de base territorial que regulan dichas actividades, junto con la ausencia de normas globalmente acordadas sobre la licitud de los contenidos y las actividades desarrolladas por Internet.

Las situaciones de discriminación que puede generar bloqueo geográfico injustificado, señala Paredes Pérez (2018:8), pueden ser directas (cuando el trato diferente se aplica por razón de la nacionalidad, el lugar de residencia o de establecimiento del destinatario o cliente –es decir, dando un trato diferente a situaciones idénticas-), o indirectas (las que se producen introduciendo factures sustitutivos que producen efectos discriminatorios equivalentes, ello a partir de datos o informaciones que, como la dirección IP, la dirección de entrega de un producto, o el idioma seleccionado, proporcionen información sobre la ubicación física de los clientes, en función de los que se pueden aplicar medidas desfavorables para clientes no residentes en otros EEMM)[18].

3.- Contrato celebrado por medios electrónicos y comercio electrónico. Internet como medio

[17] El Reglamento (UE) 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior (DOUE L 60, de 2.3.2018, pág. 1) define en su exposición de motivos el geobloqueo como aquello que sucede "cuando los comerciantes que ejercen su actividad en un Estado miembro bloquean o limitan el acceso a sus interfaces en línea, tales como sitios web y aplicaciones, a clientes de otros Estados miembros que desean realizar transacciones transfronterizas (práctica conocida como «bloqueo geográfico»). También sucede cuando determinados comerciantes aplican a esos clientes de otros Estados miembros condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios, tanto en línea como fuera de línea". Considerando 1º.

[18] En todo caso, y como también señala Paredes Pérez (2018:9), "la determinación de la existencia de discriminación, sea directa o indirecta, requiere que los destinatarios a los que se aplica esa diferencia de trato se encuentren en situaciones comparables, y que no existan justificaciones objetivas para ese trato diferente".

Como característica esencial, que denota por encima de las demás a esta modalidad contractual, es la de articularse, total o parcialmente, a través de medios electrónicos. Tal afirmación nos introduce una necesidad de clarificación terminológica, a fin de asentar los conceptos sobre los que se va a desarrollar este estudio.

El término contratación electrónica se aplica a aquellos contratos celebrados mediante el intercambio de mensajes de datos por medios electrónicos (De Miguel Asensio. 2023:361). Es decir, a una modalidad de contratación caracterizada por la vía a través de la que se efectúan los intercambios de información y voluntad necesarios para la celebración de un contrato, que puede o no ejecutarse también medios electrónicos, en función de su objeto y de la voluntad de las partes.

La contratación electrónica (o contratación celebrada por medios electrónicos) forma parte de una modalidad comercial específica que es el comercio electrónico. Constituyen sin embargo conceptos distintos y que deben ser diferenciados, siendo el de comercio electrónico un concepto más amplio, que además de los aspectos puramente contractuales, comprendería otros como los relativos a la publicidad, oferta, servicios post-venta, etc. (Barral Viñals. 2006:109).

La OMC definió ya en 1998 el comercio electrónico como "la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos"[19]. En todo caso, y como ya recordaba Tassabehji en el año 2003 (2003:261) -sin que la situación doctrinal haya cambiado-, no existe una definición generalmente acordada de lo que sea "comercio electrónico". por lo para este autor –opinión que compartimos-, es necesario clarificar los términos que se utilizan y explicar el contexto en el que están siendo utilizados.

Para profundizar tanto en el concepto de comercio electrónico como de contratación electrónica, comenzaremos apuntando un encuadre cronológico de la

[19] Programa de Trabajo sobre el Comercio electrónico, adoptado por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio el 25 de septiembre de 1998. Apdo. 1. 3. Disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

cuestión. Ya nos hemos referido a sistemas electrónicos de comunicación, como vía o soporte esencial propio de estos contratos. Pero dentro de ellos, es obligado reservar una posición central -si bien no exclusiva- a Internet, red que, en cuanto medio de comunicación, ha determinado el desarrollo exponencial de esta rama de los negocios jurídicos[20].

Internet (neologismo inglés que resulta de unir los términos *interconection* y *network*, interconexión de redes) es fundamentalmente un medio de comunicación electrónica entre personas. Como lo define De Miguel Asensio (2022:56) desde una perspectiva técnica, "Internet constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí, de un modo que hace posible la comunicación instantánea o casi instantánea desde cualquier ordenador conectado a una de esas redes con otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global".

Internet se desarrolló en el último cuarto del pasado siglo XX, a partir de una red experimental desarrollada en 1969 por el Departamento de Defensa de los EE.UU. (De Miguel Asensio. 2022:33). No ha dejado sin embargo de ponerse de relieve también la importancia que en el origen y evolución de Internet tuvieron los trabajos desarrollados en Europa en los años 80 en el marco del Laboratorio Europeo de Física de Partículas (CERN). Un salto sustancial se produjo en marzo de 1980, con la creación de la *World Wide Web* por Tim Berners-Lee, como un sistema de organización de la información que permitía un acceso ordenado a la misma, al tiempo que permitía compartirla. Ello surgió de la necesidad que Berners-Lee había advertido en su estancia en el CERN de poder acceder, a través de un mismo punto de acceso, a información almacenada en distintos lugares. A su vez, y como señala Castillo Parrilla (2018b:44), "[l]a World Wide Web" se apoyaba en sobre tres pilares que permanecen a día de hoy: el lenguaje HTML (*HiperText Markup Languaje*), el protocolo HTTP (*Hipertext Transfer Protocol*) y las URL (*Uniform Resource Locator*). Estos elementos técnicos permitieron el enorme desarrollo y extensión en el uso de

[20] "Son contratos electrónicos aquellos contratos celebrados mediante el intercambio de datos por medios electrónicos. Aunque comúnmente se asocia la contratación electrónica a Internet, éste es solo uno de los medios (electrónicos) a través de los cuales puede realizarse, si bien es cierto que la evolución expansiva de Intenet como red abierta que permite la comunicación y el intercambio masivo de datos ha supuesto un impulso definitivo a la contratación electrónica". Castillo Parrilla (2017:103).

Internet, como malla de comunicación y acceso global a la información.

Se trata, en esencia, de un desarrollo técnico que permite la conexión entre ordenadores a distancia, a una escala que no se había conocido antes (de ahí su denominación como red de redes), y su carácter esencial de sistema descentralizado, que permite múltiples sistemas de comunicación entre los usuarios (mensajes bidireccionales, mensajes multidireccionales, comunicación en tiempo real, comunicaciones entre grupos cerrados de usuarios, etc.). Interconexión y descentralización son sus características más definitorias.[21]

Pero frente a este origen ligado a la intercomunicación, a la puesta en conexión remota de repositorios de información, pronto destacó la vertiente de medio de comunicación, y con ella, sus posibilidades mercantiles. Como destaca Castillo Parrilla (2018:71), el entorno virtual "es un nuevo espacio de intercambio de bienes y servicios, es decir, un nuevo mercado, capaz de generar por sí mismo valor añadido respondiendo a sus propias coordenadas; [...] el entorno digital tiene sus propias fuentes de riqueza basadas en la posibilidad de acceder de forma inmediata y selectiva a la información precisa".

Señala también Barrio Andrés (2020:20), en línea con su definición de Internet antes citada, que el rasgo distintivo principal del fenómeno digital que comporta Internet se encuentra en "la capacidad de distribuir información y conocimientos ampliamente y a gran velocidad. Además, Internet involucra directamente a los internautas no solo como receptores pasivos de información, sino también como creadores y participantes *activos.* Esta participación activa y su potencial de fundar comunidades en su seno son caracteres exclusivos de Internet y un resultado directo de su arquitectura, que ofrece descentralización, anonimato y

[21] "*[F]rom its inception, the network was designed to be a decentralized, self-maintaining series of redundant links between computers and computer networks, capable of rapidly transmitting communications without direct human involvement or control, and with the automatic ability to re-route communications if one or more individual links were damaged or otherwise unavailable. Among other goals, this redundant system of linked computers was designed to allow vital research and communications to continue even if portions of the network were damaged, say, in a war*.". Sentencia del Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania de 11 de junio de 1996, en el asunto *AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, et al. v. Janet RENO, Attorney General of the United States. AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, INC., et al., v. UNITED STATES DEPARTAMENT OF JUSTICE, et al.*, Civil Action Nos. 96-963, 96-1458, apdo. 6. Disponible en https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/929/824/1812782/. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

alcance planetario con unos costes y requisitos muy bajos. En este sentido la unión del incremento de la cantidad la información [sic] disponible con la tecnología de los buscadores primero (Yahoo! y Lycos se fundaron en 1994, mientras Google lo fue en 1997) y redes sociales después (Lindedin aparece en 2002, Facebook en 2004 y Twitter en 2006) es lo que aumenta el valor de ésta, lo cual se completa con la tecnología del *big data*, que da lugar a que incluso cantidades ínfimas de información de contenido con un dudoso interés puedan llegar a tener un valor económico. A ello hay que añadir el paradigma del ciberespacio como entorno de relaciones sociales y económicas, lo que desemboca en la llamada "sociedad digital" […]".

Internet basa su funcionamiento en el intercambio de paquetes de información (*packet switching)*, donde ésta se transmite descompuesta en unidades elementales de contenido que viajan por la red de manera separada, por la misma o distintas rutas hacia el destinatario -y buscando alternativas si una ruta inicial se inviabiliza-. Alcanzado el punto destino, los paquetes de información se recomponen para mostrar el mensaje inicialmente enviado. La información viaja a través de lo que se denomina la "capa física de Internet", que se integra por el conjunto de redes de telecomunicación interconectadas -fundamentalmente hoy de fibra óptica-, conexiones por satélite y conexiones inalámbricas -como las conexiones móviles 3G, 4G y 5G que operan los distintos operadores privados de comunicaciones móviles, así como las redes wifi disponibles en los espacios públicos y privados. Toda esta interconexión física se realiza hoy día a través de una serie de redes primarias (desde la privatización de la red NSFNet que culminó en 1995 (Barrio Andrés. 2020:22).

Muchos otros son los aspectos técnicos de Internet en que nos podríamos detener: la descripción más detallada del Internet físico (entendiendo por tal la infraestructura que permite la circulación de la información por la red -servidores, los denominados dispositivos clientes, etc.), el funcionamiento técnico del sistema a través del denominado modelo de arquitectura "cliente-servidor" (Puerto Mendoza. 2019:25), el metalenguaje a través del que garantiza la interconexión e intercambio de información (los protocolos y direcciones IP a través de los que circulan los datos por la red, y las innovaciones en los mismos que se están produciendo, con la reciente transición del protocolo IPv4 al protocolo IPv6), los modelos de

interconexión (TPC/IP), los proveedores de servicios de Internet (o proveedores de acceso a través de los cuales se obtiene el acceso a la red, a los que sí se tendrá que hacer referencia más adelante), los principios de seguridad en la red, etc.[22] Sin embargo, el carácter jurídico y no técnico de este estudio hace que tales materias no constituyan su objeto propio, más allá de las nociones que se han expuesto anteriormente sobre las que poder asentar la visión jurídica de la realidad que se aborda.

Tampoco puede perderse de vista la evolución constante que viene experimentando Internet, de modo que hoy se habla ya de una "Cuarta Revolución Industrial", la de la digitalización y la economía de los datos, cuyos avances sobre la plataforma técnica que proporciona Internet afectan ya a la economía mundial, como señala Herreros (2019:7). Dicho impacto va determinando en la configuración de la misma, que va experimentando una progresiva organización "en torno a grandes plataformas digitales, las que, al interactuar con adelantos tecnológicos disruptivos como la inteligencia artificial, la manufactura aditiva, la Internet de las Cosas y las cadenas de bloques (*blockchain*), están redefiniendo drásticamente los modelos tradicionales de negocio" (Herreros. 2019:7). Esto es hoy ya una realidad, como veremos cómo se irá exponiendo en este trabajo.

Es decir, cuando hablamos de Internet lo hacemos de algo que ya hoy va mucho más allá de un mero medio de comunicación, y cuyas implicaciones sobre el comercio mundial rebasan con mucho la mera facilitación del comercio tradicional a distancia.

En un primer estadio (denominado *Web* 1.0), Internet aparece como un mero sistema de información conectado, caracterizado por ofrecer interfaces o páginas estáticas en las que los usuarios únicamente pueden realizar operaciones muy simples, como la lectura, descarga de contenido o activar alguna concreta zona de la pantalla, clicando sobre ella. El siguiente paso, a la denominada *Web* 2.0 o segunda generación de Internet, se caracteriza por la una mucho mayor interacción, gracias al desarrollo de nuevas tecnologías (JavaScript, XML, etc.), que posibilitaron estas

[22] Para un conocimiento de las instituciones de coordinación de Internet, desarrollo de estándares técnicos, y sistema de asignación de nombres de dominio y direcciones de Internet, *vid*. De Miguel Asensio (2023:28-38).

posibilidades adicionales (Gab, Ye Wa, Yu. 2023:1), e hicieron mucho más atractiva para el usuario la utilización de Internet. Como contrapartida, en esta fase de desarrollo de Internet los datos obtenidos por las aplicaciones quedaban en posesión, lo quisiera o no el usuario, de la plataforma que los obtenía, que generalmente tiende a obtener cuantos más datos sea posible, al poder obtener beneficios a través de su procesamiento y obtención de información, con muy escasa transparencia de cara al usuario en cuanto a qué datos, y con qué finalidades pretende emplearlos la plataforma correspondiente.

Según Barrio Andrés (2020:27), este cambio hacia la segunda generación de Internet determinó cambios radicales en el modelo de distribución de contenidos. Frente a un sistema donde un suministrador individual colocaba contenidos exclusivos de un modo lineal, Internet se configura como un plataforma colaborativa, interoperable y centrada en el usuario, que además permite una amplia personalización. La *Web* 2.0 está relacionada con la aparición y generalización de blogs, redes sociales y otras herramientas (Gómez Valenzuela. 2022:21). El concepto de Web 2.0 como evolución funcional de la Red se introdujo en 2004 por O´Reilly (2005), para destacar los cambios que iban constatándose y la mayor intervención de los usuarios de Internet, y el cambio de modelo que en definitiva se ha venido plasmando en los últimos años.

El cambio de la *Web* 2.0 no solo afecta al modelo de distribución de contenidos, sino que la propia Internet ha evolucionado desde ser un "medio pasivo a una plataforma dinámica en constante cambio, en *beta permanente*[…] Mientras que la *Web* 1.0 era de carácter unidireccional y hacia abajo, es decir, pensada como escaparate informativo del tipo que fuese (venta de productos o servicios, institucional, académica…), la *Web* 2.0 permite al usuario conversar, compartir, clasificar y, sobre todo, suministrar de contenido a la propia web, al tiempo que los propios internautas pueden agruparse en comunidades virtuales (redes sociales). La información ya no es unidireccional, sino que las aplicaciones y espacios permiten ya cierta interacción del usuario. Ejemplos de la *Web 2.0* son Wikipedia (2001), redes sociales como LinkedIn (2002), Myspace (2003), Facebook / 2004) o Twitter (2006), plataformas audiovisuales como Youtube (2005), aplicaciones *Over-The-Top* com o Netflix (2007) o WhatsApp (2009), etc. Luego han irrumpido las

plataformas de economía colaborativa (como BlaBlaCar, o Airbnb). Se consolida así el ciberespacio como un entorno paralelo, cuya entidad e importancia son equiparables a las del entorno tradicional en la medida en que ambos están constituidos por conversaciones" (Barrio Andrés. 2020:27).

Si una *website* o sitio web puede definirse como un conjunto de páginas web relacionadas y con un dominio o subdominio de Internet común a todas ellas en la World Wide Web (www.) (Gómez Valenzuela. 2022:19), es relevante para nuestro objeto de estudio distinguir entre sitios web activos y pasivos, en función de las opciones de interactuar con ellos que presentan. En los sitios web pasivos el visitante no puede alterar ni añadir nada, en general se limitan a ofrecer información o publicidad; suelen utilizarse por las empresas para ofrecer información de sus productos, pero el consumidor no puede realizar ninguna transacción. No tienen funcionalidades más allá de permitir conectar (o enlazar) con otras páginas web, son sencillas de diseñar y crear, y normalmente, se construyen en lenguaje HTML.

Frente a ellos, los sitios web activos presentan diversas funcionalidades, movimiento, son más complejas de crear, suelen utilizar el lenguaje informático XHTML y no se limitan a ofrecer información, sino que permiten desarrollar una actividad comercial, y los visitantes pueden realizar transacciones en las mismas. Son las *websites* propias de sitios comerciales, desarrolladas con una finalidad económica, y donde los contratos pueden realizarse simplemente accionando (clicando o cliqueando) un icono en la pantalla del dispositivo informático (Gómez Valenzuela. 2020:20).

Pero la evolución de Internet ha continuado y hoy ya se habla de Web 3.0, en referencia a nuevas tecnologías surgidas también en el seno de la Red y como consecuencia de las posibilidades que ofrece, como es la tecnología *blockchain* o de cadena de bloques, que de forma general se comenzó a emplear en 2008. En esta tecnología, la realidad dominante es que se descentraliza la propiedad y el control de los datos, frente a una situación anterior donde los mismos se procesaban y custodiaban por estructuras centralizadas. Frente a este modelo, en el de la *Web* 3.0 los usuarios tienen un mayor control de los datos y, en general, ejercen una mayor influencia sobre los mismos, sin que resulte necesaria una estructura centralizada

para ordenar o supervisar estas interacciones[23]. Se presentan como ventajas de esta *Web* 3.0 la eliminación de intermediario y la agilización de los procesos, al tiempo que se realza la garantía de la privacidad y la seguridad que este nuevo estadio de Internet proporciona a los usuarios; aunque se reconoce que la descentralización no es esencial a la arquitectura de la *Web* 3.0, es un elemento que incrementa la seguridad y la confianza por parte de los usuarios (Gab, Ye, Wan, Yu. 2023:3).

4.- Ventajas e inconvenientes de las nuevas modalidades de contratos

Es relevante, a los fines que nos ocupan, ser conscientes de que, desde una inicial utilización en el marco de la actividad y los contratos entre empresas[24], el comercio electrónico comenzó a desarrollarse con progresiva fuerza en la última década del siglo XX, fundamentalmente en el marco de la celebración de contratos internacionales, lo que generó una preocupación por establecer un marco regulatorio no solo nacional sino también transfronterizo (Madrid Parra. 2019:29). Las ventajas particulares que presenta son múltiples, como señala Rodríguez Ayuso, incluso para el vendedor, para quien el traslado del escenario de venta de la calle al ordenador permite un mejor conocimiento de los competidores, la apertura a nuevas posibilidades de negocio (por el aumento de potenciales clientes a los que puede accederse), una mayor rapidez en los intercambios comerciales y la posibilidad de competir con estructuras comerciales de mayor tamaño. "La Revolución Digital ha traído consigo nuevas formas de comportamiento, también, en lo que se refiere al tráfico económico: contratos informáticos, contratos electrónicos, presencia del acceso a los contenidos frente a la descarga, piratería

[23] En relación con la *Web* 3.0, véase Amazon Web Services (20 de noviembre de 2024). Amazon. https://aws.amazon.com/es/what-is/web3/

[24] Resulta interesante la reflexión de Tur Faúndez (2018:15) cuando afirma que "[s]i descartamos el fax como verdadero medio de comunicación por vía electrónica, podríamos decir que todo empezó con el correo electrónico, una herramienta disponible con carácter general en los años ochenta. Como tal, permite la comunicación asíncrona de dos partes que pueden transmitirse mediante mensajes de correo electrónico cualquiera de las declaraciones que forman parte del proceso de formación, ejecución y terminación de un contrato", si bien con limitaciones técnicas que dificultaron la extensión de este nuevo comercio hasta su resolución (dilaciones temporales y errores, contenido no automatizable y la falta de acreditación fehaciente de las identidades de las partes, el contenido de los mensajes y su recepción por el destinatario).

informática, nuevas formas de colaborar, de crear valor, nuevos bienes…" (Rodríguez Ayuso. 2018:134).

Desde una visión más estructurada, y pese a las reticencias que ello presenta para el distribuidor tradicional (vendedor minorista), una ventaja esencial para el empresario que comporta el comercio electrónico es el acceso a la información sobre los hábitos y comportamientos de compra de los consumidores, que en el esquema tradicional estaba muy concentrado en el distribuidor minorista. Lo interesante es el acceso directo a los perfiles de compra, más que a datos personales concretos que no tienen mayor relevancia.

En segundo lugar, los ahorros derivados de la simplificación de la cadena de suministro (Paz-Ares. 2000:86), los cuales pueden contribuir a la hoy tan valorada sostenibilidad, por su contribución a la reducción de la huella de carbono. Por otro lado, la aparición de nuevos tipos de negocio como el de los denominados "agregadores", que unifican la distribución de una gran variedad de productos que tradicionalmente eran objeto de distribución separada (por ejemplo, en el consumo de alimentación o del denominado *delivery*, permite al consumidor personalizar mucho más su compra, con la correspondiente presión adicional en los fabricantes, que se ven sometidos a una mayor competencia ante las múltiples posibilidades de opción del cliente.[25] Perales Dominique afirma que hoy ya, en muchos casos, se produce "virtualización del modelo económico", no solo mediante el desarrollo de nuevos productos y servicios de carácter puramente digital, sino también

[25] En relación con estas ventajas para los empresarios que ofrece Internet, ya fueron apuntadas desde muy temprano momento: "Such diversity of content on the Internet is possible because the Internet provides an easy and inexpensive way for a speaker to reach a large audience, potentially of millions. The start-up and operating costs entailed by communication on the Internet are significantly lower than those associated with use of other forms of mass communication, such as television, radio, newspapers, and magazines. This enables operation of their own Web sites not only by large companies, such as Microsoft and Time Warner, but also by small, not-for-profit groups, such as Stop Prisoner Rape and Critical Path AIDS Project. The Government's expert, Dr. Dan R. Olsen, agreed that creation of a Web site would cost between $1,000 and $15,000, with monthly operating costs depending on one's goals and the Web site's traffic. Commercial online services such as America Online allow subscribers to create Web pages free of charge. Any Internet user can communicate by posting a message to one of the thousands of newsgroups and bulletin boards or by engaging in an on-line "chat", and thereby reach an audience worldwide that shares an interest in a particular topic.". Sentencia del Tribunal Federal del Distrito Este de Pensilvania de 11 de junio de 1996, en el asunto AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, et al. v. Janet RENO, Attorney General of the United States. AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, INC., et al., v. UNITED STATES DEP'T OF JUSTICE, et al., Civil Action Nos. 96-963, 96-1458, apdo. 76. Disponible en https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/929/824/1812782/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

permitiendo alcanzar clientes con los que la relación es exclusivamente por vía digital (Perales Dominique. 2021:117).

Esto tiene su reverso en las ventajas que comporta el comercio electrónico también para los consumidores, en este caso de una manera mucho más generalizada por cuanto se trata de una modalidad paralela (al menos por el momento) al comercio tradicional.

El comercio electrónico permite a los consumidores multiplicar la información sobre características y precio de los productos. Las posibilidades de elección no se confinan ya a las fronteras nacionales. Como señala De Miguel Asensio (2022:1232), Internet ha convertido en habituales contratos de consumo transfronterizos, con participantes heterogéneos y que pueden ser desconocidos, donde se encuentran empresas que actual profesionalmente y consumidores que buscan bienes o servicios de uso personal. Se facilita pues el contacto comercial directo del consumidor desde su domicilio, con empresas o profesionales situados en el extranjero. Los consumidores con acceso a Internet y a las redes digitales gozan de posibilidades sin precedentes para obtener información sobre los productos y servicios de comerciantes de todo el mundo.

Las ventajas no son únicamente de carácter material, sino que también se han apuntado las que, desde una perspectiva más netamente jurídica, aportan las nuevas tecnologías en general e Internet en particular. Se ha aludido así a la facilitación del tráfico jurídico que comporta el documento jurídico, por la simplificación que comporta para el almacenamiento de información y para la transmisión del mismo entre los distintos operadores jurídicos. "La puesta en circulación de documentos electrónicos permite una negociación más ágil y rápida", a lo que se añade, continúa Vega Vega (2018:56), que la inmediatez en las comunicaciones que comportan los documentos administrativos permite una mayor eficiencia y economía en los procedimientos comerciales, administrativos y judiciales.

Todo ello explica la extraordinaria expansión que se está produciendo en todo el mundo de esta nueva modalidad de comercio, en la medida en que el consumidor va adquiriendo confianza, quizá no tanto por los cambios normativos que los legisladores nacionales o supraestatales van adoptando, sino también en

buena medida por la fiabilidad que las grades plataformas mundiales -líderes en este tipo de comercio- le ofrecen, y que hace innecesario recurrir en la gran mayoría de los casos a la protección jurídica que le ofrece su ordenamiento nacional. Si ante cualquier problema con el producto adquirido por Internet el consumidor obtiene una respuesta inmediata y satisfactoria por parte del vendedor (bien en forma de facilidades para la devolución del producto sin discusión o controversia sobre la falta de conformidad, bien mediante la resolución del contrato de compraventa y la devolución inmediata de lo pagado), el comercio electrónico puede llegar a generar al consumidor más confianza incluso que el comercio tradicional, donde muchas veces se topa con mayores problemas para obtener satisfacción a sus discrepancias sobre el cumplimiento de los contratos de compraventa.

Sin embargo, también son destacables los riesgos y dificultades que comporta el comercio electrónico para las partes involucradas. Señalan diversos autores los potenciales perjuicios, nada desdeñables, que este nuevo modelo de comercio conlleva para el consumidor. El carácter inmaterial de estos procesos genera desconfianza en el usuario del comercio digital, que no puede comprobar el estado y las características reales del producto o servicio sino hasta un momento posterior al de la adquisición del mismo. Se suman a ellos los problemas derivados de la distribución de riesgos y de la delimitación de responsabilidades entre los intervinientes, la incertidumbre acerca de la validez y eficacia de las transacciones que se producen por vía electrónica, los inconvenientes relativos a la perfección y prueba de los contratos celebrados por este medio, y la dificultad para determina la ley y la jurisdicción aplicables en caso de litigio, considerando el carácter crecientemente transfronterizo de este tipo comercio, o la complejidad para acceder con seguridad a servicios en línea públicos y privados, circunstancias que obstaculizan un mayor desarrollo de esta nueva modalidad contractual (Tapia Rodríguez. 2018:80).

De ahí la importancia de contar, sin perjuicio de los expuestos mecanismos "comerciales" destinados a reforzar la confianza del consumidor en el comercio electrónico, con un marco normativo sólido que ofrezca un marco regulatorio claro a las partes, y ponga a su disposición medios de resolución de conflictos asequibles que permitan que la expansión del comercio electrónico no tenga vuelta atrás y que

pueda generalizarse y extenderse a ámbitos en los que, por la cuantía de las prestaciones o las especiales características de los bienes o servicios, aun no son objeto del comercio por Internet (si bien estas fronteras también van cayendo[26]).

5.- Evolución del fenómeno: del sistema EDI de intercambio de datos, a las grandes plataformas de intermediación

Es importante insistir en que el comercio electrónico no es exclusivamente aquel ámbito de la contratación en que participan consumidores. Como ya se ha indicado, el comercio electrónico inició su expansión en el marco empresarial, primero mediante la aplicación de las nuevas tecnologías para la mejora de los procesos productivos y la gestión interna, pasando de ahí a su utilización en redes cerradas entre empresas, que vieron en el Intercambio electrónico de Datos (EDI en su acrónimo inglés, *Electronic Data Interchange*)[27] una vía para el intercambio

[26] "Un hombre compra la primera casa en España con bitcoins". Noticia publicada en la web de CadenaSer el 11 de enero de 2018. https://cadenaser.com/ser/2018/01/11/economia/1515667718_731506.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[27] Se trata de una forma de transmisión de datos estandarizadas entre sistemas informático de empresas que comparten un mismo software de comunicación. Los mensajes enviados por esta vía se denominan "transacción", y a través de ellos las empresas se intercambian los detalles de un pedido o factura al proveedor o cliente. La web de la empresa IBM en España se refiere al EDI de la siguiente forma: "El intercambio electrónico de datos (EDI) es la comunicación entre compañías de documentos de negocio en un formato estándar. Con EDI, la información se mueve directamente de una aplicación de un ordenador de una organización a una aplicación de otra. Estándares de EDI, que especifican qué información va en un documento o mensaje de EDI, eliminan la necesidad de redefinir manualmente la información para que se pueda aceptar. Esta funcionalidad automatizada permite compartir la información rápidamente, en lugar de las horas, días o semanas que requieren los documentos en papel u otros métodos. Las empresas utilizan EDI para integrar y compartir diversos tipos de documentos: desde las órdenes de compra hasta las facturas o las solicitudes de presupuestos o solicitudes de préstamo, entre otros. En la mayoría de los casos, estas organizaciones son socios comerciales que intercambian bienes y servicios, con frecuencia como parte de sus cadenas de suministro y redes B2B (business-to-business)[…] Todas las transacciones EDI están definidas por los estándares de mensajes EDI. Es importante establecer buenos procesos de gobierno para garantizar la calidad de los datos. Cuando falta información o se encuentra en un lugar incorrecto, es posible que el documento EDI no se procese correctamente." Normalmente, las comunicaciones EDI son de dos tipos: o conexiones directas o de punto a punto, donde dos ordenadores o sistemas se conectan sin intermediarios a través de Internet, generalmente con protocolos seguros, o mediante una Red de valor añadido (VAN), que es una red de tercero que gestiona la transmisión de datos, normalmente con programa específico de correo electrónicos. IBM España. https://www.ibm.com/es-es/supply-chain/edi-electronic-data-interchange?p1=Search&p4=43700053868719136&p5=b&cm_mmc=Search_Google-_-1S_1S-_-EP_ES-_-%2Bedi_b&cm_mmca7=71700000065227998&cm_mmca8=kwd-

seguro de información entre ellas, a través del que comenzaron a transmitirse mandatos comerciales cuando, a través de los ordenadores, las empresas comenzaron a solicitar a los proveedores el suministro de los productos y servicios en el momento en que se necesitaban, de donde pasó a la utilización en la actividad financiera por la rapidez que le proporcionaban estos medios electrónicos para la prestación de los servicios que le eran propios (Madrid Parra. 2019:28). Explica por su parte Cordero Álvarez que el EDI es un sistema de intercambio electrónico de datos que, al permitir el envío y recepción de documentos en un formato normalizado para los sistemas informáticos de los intervinientes en la relación comercial, permite a estas un conocimiento previo de los datos sobre la base de un entendimiento previamente establecido sobre el negocio común, que se lleva a cabo mediante la transmisión de datos electrónicos estructurados (Cordero Álvarez. 2021:558)[28]. El sistema consiste, en definitiva, en transmitir electrónicamente documentos comerciales y administrativos entre aplicaciones informáticas en un formato normalizado, de forma que la información pueda ser procesada por los destinatarios (empresas, organismos públicos) sin intervención manual.

En cuanto a su funcionamiento, la tecnología EDI determina cómo han de estructurarse los datos para su transmisión posterior y define el significado comercial de los datos intercambiados. El envío o transporte de los datos se realizará mediante un servicio adicional de tratamiento de datos o transferencia de ficheros, a través de redes cerradas (que requerirá servicios de valor añadido) o abierta, mediante instrumentos de identificación y garantía como la firma electrónica (Cordero Álvarez. 2021:558).

20090948177&cm_mmca9=CjwKCAjwjqT5BRAPEiwAJlBuBcMno-aNWrzhiHDcdIm9cf0mi2ASRTEWFmFLqNCpMspH_lktff36GxoCAbkQAvD_BwE&cm_mmca10=436028703357&cm_mmca11=b&gclid=CjwKCAjwjqT5BRAPEiwAJlBuBcMno-aNWrzhiHDcdIm9cf0mi2ASRTEWFmFLqNCpMspH_lktff36GxoCAbkQAvD_BwE&gclsrc=aw.ds. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[28] Explica Cordero Álvarez (2021:560) que normalmente, los contratos EDI tienen un contenido mínimo estándar que incluye una cláusula de aceptación de uso de la plataforma y cláusulas reguladoras de los efectos y duración del contrato, lugar y momento de celebración de contratos ulteriores, régimen de prueba, almacenamiento y conservación de los contratos EDI, requisitos técnicos necesarios, régimen de responsabilidad contractual, sumisión a procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios y elección de ley aplicable.

El sistema ha tenido bastante utilización en los intercambios comerciales entre profesionales (contratos B2B), dado el ahorro de costes que implica el omitir la revisión por el "factor humano" de cada uno de los intercambios automatizados mediante el sistema EDI. Cordero Álvarez (2021:559) señala que en este tipo de relaciones entre empresas suele existir un contrato que da cobertura a los concretos intercambios u operaciones ulteriores que se realicen, resultando conveniente a su juicio que, pese a la existencia de dicho contrato de cobertura, y para mayor seguridad, en cada una de las operaciones EDI se incorpore un extracto o referencia a dicho contrato en que se regula la utilización entre las partes de dichos contratos EDI.

Para dar una idea de la importancia de las redes EDI, podemos citar un ejemplo notable de red que funciona a través de intercambios de información EDI: la entidad SWIFT. La "*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* (conocida mundialmente por su acrónimo SWIFT), es una red mundial de entidades e instituciones financieras, que permite a las misma interpelar en el mercado, haciendo posible las trasacciones financieras transfronterizas ordenadas por los consumidores. Creada como sociedad de Derecho belga en Bruselas en 1973, cuando los bancos aún se comunicaban fundamentalmente por telex (que no constituía en modo alguno un medio seguro, estándar ni automatizado), en sus inicios SWIFT vinculó a 293 bancos de 15 países, que transmitían en torno a 300.000 comunicaciones diarias entre ellos (Remolina Angarita. 2006:333). A día de hoy, son más de 11.000 las instituciones financieras que operan a través de SWIFT en más de 200 países y territorios, que intercambian millones de mensajes diariamente, y en décimas de segundo, a través de su red privada EDI[29].

Señala Tassabehji (2023:11) que los contratos EDI habrían sido un primer estadio en el desarrollo del comercio electrónico, mediante un sistema que se inició a finales de la década de 1970, y desarrollado principalmente en la de 1990. Desarrollado en determinados sectores industriales (automoción defensa y e industria pesada) como un medio de integrar información entre los partícipes de la cadena de valor de una organización industrial, tuvo un limitado desarrollo antes de que se generalizase el uso de Internet, debido al alto coste de mantener redes

[29] https://www.swift.com/about-us, Verificado el 30 de septiembre de 2024.

privadas a través de las que circulaba la información. En 1996, no más de 50. 000 empresas europeas y 44.000 estadounidenses lo utilizaban, menos de un 1% del número total de empresas existentes en dichos ámbitos territoriales.

Fue de esta inicial utilización en ámbitos empresariales desde donde acabó extendiéndose el comercio electrónico a la contratación entre empresas y consumidores, al hilo de la extensión y generalización del uso de Internet por estos.[30] Ello ha determinado un riesgo de asumir un concepto reduccionista del comercio electrónico como el desarrollado entre empresarios y consumidores. Madrid Parra (2019:29) propugna el mantenimiento de un concepto amplio de comercio electrónico, no solo por su génesis histórica, sino porque entiende que debe propugnarse un concepto que abarque "toda relación comercial, especialmente la contratación, aunque no solo ésta, que se lleva a cabo, utilizando medios electrónicos, entre empresarios, entre empresarios y consumidores, entre particulares (incluso fuera del mercado propiamente dicho) y entre empresarios y administraciones públicas en la celebración de contratos públicos (incluso cuando particulares contratan servicios o bienes con una administración pública actuando como operador económico)" (Madrid Parra. 2019:29). Dicho lo cual, debemos insistir en que el objeto propio de este estudio necesariamente se centrará en una figura contractual cuyo ámbito subjetivo queda delimitado a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores.

Siguiendo a Tassabehji (2003:263-265), las fases iniciales de desarrollo del comercio electrónico habrían sido las siguientes:

-Primera fase, desde 1995: fase coincidente con un muy incipiente uso comercial de Internet en Europa, donde las empresas lo utilizaban como un medio para obtener presencia en Internet, mostrar información sobre sus

[30] Mateu de Ros marca sin embargo la distinción entre los contratos celebrados a través de Internet y la contratación mediante EDI señalando lo siguiente: "Nos interesa precisar la distinción entre el contrato electrónico celebrado a través de Internet y el fenómeno, conocido desde hace ya años, de la contratación informática, en sentido lato, expresión heterogénea que agrupaba modelo transaccionales muy distintos (cajeros automáticos, "TPV´s", redes privadas o intrarredes de información, "EDI", o trasferencias electrónicas de fondos). En el entorno de Internet se generan tipos diferentes de actos y relaciones jurídicas pero el modelo no es de los *computed created contact* o *electrónic data interchange*, es decir, contratos mecanizados, basados en instrucciones técnicas programadas, en los cuales la autonomía de la voluntad está contenida en un contrato marco previo entre las partes, siendo los intercambios electrónicos simples actos ejecutivos de aquel acuerdo previo y general". (Mateu de Ros. 2000:42).

productos y servicios, y como una vía alternativa para distribuir y promocionar información y la imagen corporativa

-Segunda fase, desde 1998: tras una fase inicial de prudencia y experimentación, las empresas desarrollaron medios para concluir transacciones electrónicas simples. Había muy poca interacción y los contratos se desarrollaban más *off-line* que *on-line.* Las principales barreras a la extensión del comercio electrónico en esta fase eran la infraestructura técnica y la falta de conocimiento de los usuarios. Pocos clientes potenciales se conectaban a Internet desde sus casas. Pocas organizaciones tenían la capacidad de invertir en la tecnología necesaria y en personal con la formación necesaria. La compra y venta por Internet eran mayoritariamente procesos independientes dentro de las empresas, con muy poca integración con otros departamentos y sistemas.

-Tercera fase, desde 2000: fue todavía una fase de desarrollo incluso para las empresas punteras en la innovación tecnológica, en que rediseñaron sus procesos de negocia para integrar de modo eficiente las nuevas posibilidades que proporcionaba Internet y la tradicional organización corporativa, para asegurar un buen servicio al cliente; las empresas ce centraron en asegurar las compatibilidad de sus sistemas para poder afrontar los cambios en el modelo de negocio y una relación más próxima con clientes, proveedores, fabricantes y otros agentes en el proceso. Los progresos de las empresas en esta fase permitirían el despegue posterior de la economía *online,* que implicó no solo intercambios comerciales, sino conseguir la confianza de los consumidores y otros actores para acceder a la información y comunicaciones *online* Esta fase coincidió con la mayor accesibilidad y "asequibilidad" de las infraestructuras de comunicación, se personalizó mucho la información sobre productos y servicios y se adaptó a los clientes individuales, avanzándose hacia la elección de producto (*pull)* por los consumidores más que a la oferta del concreto producto por el vendedor (*push)*. Las empresas rediseñaron sus procesos de producción y venta y reordenaron su cadena de valor para asegurar que podía satisfacerse las demandas de sus clientes. La información y los servicios se hicieron cada vez

más accesibles desde una multiplicidad de webs y dispositivos (teléfonos móviles, PDA´s, tabletas, etc.). El objetivo ahora para las empresas es obtener beneficios que permitan amortizar las inversiones en investigación y desarrollo que habían sido necearías para adaptarse al cambio.

-Cuarta fase, desde 2003: caracterizada por la necesidad de culminar la integración de los nuevos procesos de gestión y comercialización, aun no totalmente integrados y compatibles con los nuevos sistemas y tecnologías de la información en constante desarrollo. Las empresas han adquirido un grado de dinamismo y flexibilidad que les permite una adaptación y cambio casi constante, reinventándose al cambiante entorno, en lo que Bill Gates denominó *bussines @ the speed of thought*. En esta fase, se ha desarrollado ya un conocimiento que permite maximizar la información a partir de los datos obtenidos de los clientes. El objetivo de las empresas protagonistas en esta fase es el crecimiento y el desarrollo.

Como corolario de esta breve presentación de Internet y del comercio electrónico en nuestro trabajo, debe tenerse presente que, si en el año 2019 se celebraron los 50 años de existencia de Internet, el comercio electrónico ha tenido una vida más breve, aunque un crecimiento exponencialmente más rápido. Si inicialmente se había considerado que el primer sitio y transacción de comercio electrónico se había producido en 1994 en California, cuando desde el sitio web Pizzahut.com se habían vendido pizzas a varios clientes, investigaciones ulteriores han situado como primera transacción la venta, el 11 de agosto de 1994, del CD del cantante británico Sting *Ten summoners tales* desde el sitio web NetMarket, en el mismo mes en que se estableció la citada web de venta de pizzas por Internet (Lodder, Murray. 2017:8). También en ese año se lanzó Navigator 1.0 por la empresa Nestcape, convirtiéndose en el primer programa de navegación por Internet de uso generalizado (González de León Berini. 2021:43).

Siendo así, lo cierto es que el comercio electrónico es uno de los más jóvenes hijos del proceso de digitalización aparejado a la implantación de Internet, con apenas 25 años de existencia en el año 2019, desde que en 1995 se fundasen las

compañías eBay y Amazon vendiera su primer libro. En 1998 surge PayPal[31] y en 1999 Alibaba[32] comienza a operar en China (González de León Berini. 2021:43).

Siendo realmente impresionante la velocidad con la que el consumidor de la mayor parte de los países con una infraestructura suficiente se está acomodando a esta nueva forma de comercio[33], no debe desconocerse que nos encontramos, al menos desde el punto de vista jurídico, y en esta parte del mundo, en los comienzos. Unos comienzos que se topan con la velocidad añadida de la inestabilidad, por lo cambiante, que presenta la realidad que debe aprehender el legislador. Hoy, como se ha apuntado ya, estamos en otra fase de evolución de Internet y todos los fenómenos económicos y sociales. Desde la perspectiva del comercio electrónico, hoy no se entiende el fenómeno sin referirlo a las grandes plataformas digitales, en sus distintas manifestaciones (redes sociales, portales de acceso, motores de búsqueda, mercados digitales, etc.), que abordaremos desde el punto de vista de su regulación en la UE, a fin de afrontar la regulación de la DCSD, que constituye nuestro objetivo principal.

[31] Fundada en 1998 en Palo Alto, California, EE.UU. por Peter Thiel, Max Leychin, Ken Howery, Luke Nosek y Yu Oan, PayPal Holdings, Inc. es una empresa multinacional establecida en los EE.UU. que ofrece, entre otros servicios financieros, un sistema de intermediación de pagos de forma segura por Internet. Funciona evitando a los usuarios proporcionar datos de sus tarjetas de crédito a cada proveedor por Internet, sino que dando únicamente la información a PayPal, esta realiza el pago en nombre del usuario al proveedor. https://edu.gcfglobal.org/en/online-money-tips/what-is-paypal/1/. Verificado el 30 de septiembre de 2024. Cuenta en la actualidad con más de 360 millones de usuarios activos en más de 200 países, y sólo en el tercer trimestre de 2020 intermedió en pagos por valor de 4000 millones de dólares USA https://www.bankrate.com/finance/credit-cards/guide-to-using-paypal/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[32] En 1999 Jack Ma, nacido en Hangzhou, China, en 1964, de origen humilde, tras graduarse en la Universidad y trabajar varios años para una compañía del Ministerio chino de Comercio Exterior y Cooperación Económica (MOFTEC) estadounidense, decidió crear en China su propio negocio, Alibaba, una plataforma de comercio electrónico enfocada inicialmente al sector B2B para poner en contacto empresas chinas con empresas extranjeras. Tras una enorme expansión, en que se fueron creando otras empresas coo Taobao,com (Marketplace que se ha asimilado a eBay y es el líder chino de eCommerce por móvil), Aliexpress (Marketplace multinacional para el eCommerce B2C) o And Financial (nacida en 2012, es el medio de pago online del grupo), constituye hoy la mayor plataforma de comercio electrónico mundial. https://marketing4ecommerce.net/historia-de-alibaba-increible-crecimiento-del-gigante-del-ecommerce-mundial/ Comprobado el 30 de septiembre de 2024. "The founding of Alibaba was really the birth of e-commerce in China. From 2000 to 2008, I worked at Alibaba as a vice president in a variety of roles as the company grew from a small apartment int the behemoth it is today". Erisman. P. *Alibaba´s Wordl. How a remarkable chinese Company is changing the face of global business.* Editorial MacMillan. Londres 2015.

[33] Señala González de León Berini que, en 1996, las cifras de venta online superaron los mil millones de dólares estadounidenses; en 2018, según datos de la UNCTAD, el comercio electrónico global, incluyendo la actividad de comercio mayorista y minorista, ascendía a 23, 6 millones de euros, equivalente a un 30% del PIB mundial (2021:37).

6.- Las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en el contexto de la evolución digital

Las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 que constituyen nuestro principal objeto de estudio, pueden ser consideradas un paso adelante, si bien de una ambición medida, en la regulación del comercio electrónico en la UE, desde la perspectiva fundamental de la protección de los consumidores. Ello principalmente debido al enfoque de armonización limitada sólo a determinados aspectos, enfoque sobre el que más adelante volveremos. Pero precisamente esa falta de mayor ambición, motivada posiblemente por las dificultades intrínsecas del proceso legislativo de la Unión Europea, pueda acabar demostrándose útil precisamente por la mejor adaptabilidad que ofrece una regulación más básica al enfrentarse a una realidad tan cambiante.

Sin embargo, no puede desconocerse que las "directivas gemelas" (como se las denomina en el mundo académico anglosajón), han supuesto un paso significativo, que introduce algunas novedades verdaderamente significativas, representativas de innovaciones que comporta el nuevo mundo digital para la realidad jurídica[34]. También ha sido destacada su contribución a la adaptación del Derecho de contratos a los cambios acarreados por la digitalización. Desde un punto de vista conceptual también ha sido puesta de relieve por De Franceschi/Schulze

[34] Barrio Andrés (2020:22): "La sociedad de la información -o "sociedad post-industrial" como también la denomina Masuda, el padre del concepto SI- se distingue, frente a la sociedad industrial, porque el elemento productivo ya no son las materias primas elaboradas (ni, por tanto, la industria mecanizada y el consumo de masas) sin la información en cuanto tal […] la sociedad de la información produce, precisamente, información a partir de información *a secas*. Muestra de ese valor es que la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales permite el pago de contenidos o servicios digitales no sólo mediante precio, sino también con datos personales (art. 3. 1). Esta novedad no solo implica una concepción amplia de la onerosidad, sino que abre la puerta a configurar los datos -sean estos personales o de cualquier otro tipo- como moneda de cambio y, consecuentemente, como mercancía (ZECHA). A ello hay que añadir la enorme importancia que ha adquirido el ciberespacio como lugar de interrelación social, tanto a nivel personal como patrimonial".

(2023:3)[35], o por Schulze/Staudenmayer (2020:4)[36] –quizá con un entusiasmo excesivo en cuanto a su impacto sobre el Derecho europeo de contratos-, la trascendencia práctica de la DCSD, llamada a aplicarse "a millones de contratos que los ciudadanos de la UE celebran a diario" .

No desconocemos, en el momento de cerrar este trabajo, que la apasionante y vertiginosa transformación tecnológica que vivimos en nuestros días haya hecho que hablar de "la revolución de Internet" parezca una terminología cuasi obsoleta. Estamos hoy inmersos en una "economía del dato", en la que la transformación digital tiene como centro datos y el valor que su generación y tratamiento pueden generarse. Esto afecta de manera esencial también al comercio electrónico y al modo en que se desarrollan los productos y servicios[37]. Pero hemos considerado necesario hacer una exposición más pausada, que ayude a comprender mejor el desarrollo del comercio en el entorno digital.

7.- Delimitación de los contratos celebrados por medios electrónicos. ¿Necesidad de una nueva formulación del Derecho de obligaciones?

A partir del contexto que explica su origen y características esenciales, y volviendo a la noción de contrato celebrado en el entorno digital, éste se puede definir como aquel acuerdo de voluntades generador de obligaciones jurídicas entre las partes, en el que las declaraciones de voluntad que lo conforman y perfeccionan

[35] "It should not be underestimated that the "Twin Directives" make an innovative contribution to the adaption of contract law to the changes brought about by digitalisation already through their definitions and their explanation of term. For example, the contain de definitions of fundamental terms such as "digital content", "digital services", "goods with digital elements", "integration of digital content or digital environment" (Art. 2 DCED; Art. 2 SGD). The same applies to performance features for the supply of digital content and digital services and for the sale of goods with digital elements such as compatibility, functionality and interoperability". De Franceschi/Schulze (2023:3).

[36] "The focus is on the Digital Content Directive as it is not only one of the pioneering accomplishments within 'EU Digital Law' but covers, and fully harmonises, core areas of contract law. It is extremely important for contractual practice because it applies to millions of contracts that EU citizens conclude in a daily basis –from downloading software to streaming music and films and event to buying a DVD. It is also of far-reaching importance for the development of the system and the doctrine of European contract law. It transfers concepts and principles from consumers sales law to new areas, combines them with innovative approaches to digital content and in this way outlines some features of a European general contract law". Schulze/Staudenmayer (2020:3).

[37] "Los datos de calidad impulsan la innovación, son clave para entender al cliente y sus preferencias, permitiendo desarrollar productos y servicios que quiere el cliente, en lugar de desarrollar un producto y buscar, a posteriori, convencer al cliente a consumirlo". Martínez Alba (2021:85)

son transmitidas a través de medios electrónicos, y donde la ejecución de las prestaciones que incumben a las partes puede verificarse también por medios electrónicos (contrato electrónico directo) o por medios físicos (contrato electrónico indirecto).

Otra definición que pueden traerse a colación es la ofrecida por Castillo Parrilla (2018:114): "son contratos electrónicos aquellos en los que se emplean medios electrónicos o telemáticos (email, páginas web, plataformas de contratación online, banca electrónica…) para la emisión de declaraciones de voluntad entre las partes (oferta, aceptación o contraoferta, consentimiento, envío de condiciones generales…) o incluso para la ejecución de los contratos (envío del producto a través del email, descarga desde el sitio web, entrega de las claves necesarias para acceder al mismo…).". De esta modalidad, según el mismo autor, quedarían excluidos los contratos híbridos electrónicos e informáticos (sobre licencias de uso de programas de ordenador, contratos de desarrollo de software o de creación web, descarga de música *online* o acceso a música en *streaming*…), pero sí incluiría, dentro del llamado comercio electrónico indirecto, contratos electrónicos que tienen por objeto bienes o servicios del entorno físico (el llamado comercio electrónico indirecto). No compartimos la exclusión que propone este autor de los contratos "electrónicos e informáticos", tal y como los tipifica (refiriéndose a aquellos celebrados para el desarrollo de *software*, creación de páginas web, o cuyo objeto sea la descarga de contenidos fono o videográficos). En nuestra opinión, estos constituyen en muchos casos auténticos contratos de suministro de bienes y contenidos digitales sobre los que se centra este trabajo, para los que partimos de una incontestable pertenencia a la categoría del comercio electrónico por sus características intrínsecas, dado que por su objeto inmaterial deben necesariamente tratarse y entregarse por medios digitales.

Por avanzar en la cuestión terminológica, Fernández Fernández (2013:43) considera sinónimo del "contrato electrónico" el "contrato telemático", por cuanto el procesamiento y el tratamiento de datos se produce también por medios electrónicos, y a través de redes de comunicación. Igualmente, considera integrados en los "contratos electrónicos" los "contratos digitales", que para este autor son aquellos que se han perfeccionado utilizando medios de firma electrónica avanzada,

y que por ello requieren igualmente para su celebración el empleo de redes de comunicación y, por ello, de equipos electrónicos. Finalmente, según el mismo autor, será también "contrato electrónico el celebrado entera y exclusivamente a través de Internet" (y quizá, añadimos nosotros, deba serlo ya por antonomasia).

Pero, como señala De Miguel Asensio (2022:1231) aunque Internet ha tenido el efecto de mover la contratación electrónica en un entono esencialmente cerrado a una red abierta, la categoría de los contratos electrónicos (entendida esta como los celebrados mediante el intercambio de mensajes de datos por medios electrónicos), no es una realidad específica de Internet dado que este es solo uno de los medios de comunicación empleados para la formación de este tipo de contratos.

También es clásica la definición de los contratos electrónicos en atención al elemento subjetivo, por los participantes en el mismo y sus abreviaturas en inglés, distinguiendo así el comercio electrónico entre profesionales (B2B), entre profesionales y consumidores (B2C), entre empresarios y administraciones públicas (B2A), entre consumidores o entre iguales -*peer to peer*- (C2C[38], P2P), etc. En cuanto a estas dos últimas modalidades, hoy pueden encontrarse en la red iniciativas de contrato entre particulares de muy diversa índole: destinados a compartir un coche en un trayecto determinado, al micro mecenazgo, a la compartición de espacios de oficina, al intercambio de vivienda o de producto, etc. (Gramunt Fombuena. 2019: 193).

Esta clasificación, de origen económico y empresarial mantiene hoy su utilidad y relevancia jurídica, según Fernández Fernández (2013:40)[39], si bien no

[38] "Esta tipología se refiere al comercio electrónico que se realiza entre vendedores-consumidores y compradores-consumidores, es decir, que los vendedores en este contexto son personas físicas que de manera esporádica ejercen este tipo de comercio y que adquirieron en calidad de consumidores el bien a revender" (Canales Gutiérrez. 2024:40).

[39] Para ilustrar la importancia de esta clasificación, señala Fernández Fernández lo siguiente "La relevancia jurídica es destacable en el sometimiento a los distintos regímenes aplicables, dentro del Derecho de las Tecnologías de la Comunicación y la Información. En el comercio electrónico entre empresas las condiciones generales de la contratación que el oferente expone en la red no gozan del mismo régimen tuitivo que en el caso de que el ofrecimiento se dirija al consumidor. Tampoco las normas de derecho internacional aplicable funcionan del mismo modo, toda vez que los tratados internacionales de aplicación exigen el respeto a los preceptos establecidos con carácter imperativo, tuitivos del consumidor, no siendo materia renunciable contractualmente. Frente a ello, el mismo contrato celebrado entre empresas de distintas nacionalidades, queda con mayor profundidad al alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, que podrán libremente someterlo a una u otra legislación" (Fernández Fernández, 2013: 40)

puede desconocerse que hace alusión a delimitaciones antes claramente establecidas pero que hoy se van difuminando progresivamente. Para Cordero Álvarez (2021:553), la democratización que en el comercio ha supuesto el uso generalizado de Internet provoca que las tradicionales fronteras entre empresario o profesional y consumidor se difuminen en el comercio electrónico. Además, en el seno de la UE empieza a debatirse la necesidad de atender a si una pequeña empresa debe ser considerada también considerada digna de protección en el marco de una relación contractual, o la consideración jurisprudencial de si debe seguir tratándose como consumidor a quien, siendo persona física, vende de manera habitual o repetitiva en una plataforma, buscando la obtención sistemática de un beneficio[40] .

Por su parte, Mateu de Ros (2000:30) aborda la esencia del contrato electrónico desde la perspectiva del Derecho positivo español señalando que "con excepción de los contratos en que la forma documental pública adquiere naturaleza constitutiva, lo que es excepcional en Derecho Español, los contratos celebrados a través de Internet han de entenderse válidamente concertados por la mera concurrencia del consentimiento expresado por vía electrónica sin que sea necesario que quede constancia documental escrita ni que se cumpla ninguna otra formalidad siempre que concurran los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto, causa). Se trata de algo tan simple como recuperar la eficacia jurídica de la declaración pura de consentimiento, contraria, por esencia, a encorsetarse en cualquier modalidad de formalismo: la firma -tanto la manual como la electrónica-, la voz en los contratos verbales, o el gesto humano en los numerosos actos jurídicos en que la voluntad se formula de tal modo, no son más que simples signos o expresiones de la voluntad, de un consentimiento humano que existe

[40] En la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 se analizó el supuesto de una si una persona física que había publicado al mismo tiempo en una plataforma digital ocho anuncios en los que ofrecía a la venta bienes nuevos y usados, planteándose al Tribunal si dicha actuación debía considerarse realizada «con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión» o en nombre de un comerciante o por cuenta de este" y si podía en consecuencia excluirse la aplicación del concepto de consumidor de la Directiva 2005/29. El Tribunal alcanzó una interpretación conforme a la cual, la el mero hecho de que con la actuación se persiga por una persona física una finalidad o las repetidas ofertas publicadas por dicha persona en la plataforma digital no permitía, *per se,* excluirla del concepto de consumidor, debiendo el órgano jurisdiccional nacional examinar las concretas circunstancias del caso para determinar "si una persona física, como la persona de que se trata en el litigio principal, que ha publicado al mismo tiempo en una plataforma en línea ocho anuncios en los que ofrecía a la venta bienes nuevos y usados, ha actuado «con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión» o en nombre de un comerciante o por cuenta de este" (apdos. 37 y 40).

aparte, antes y por encima de las fórmulas -muy diversas a lo largo de la Historia del Derecho- que se han utilizado para la exteriorización de la voluntad y para la prueba del contrato".

Respecto de su naturaleza jurídica, existen criterios dispares, como el expresado por Vega Vega (2018:63), que niega al contrato electrónico una autonomía propia más allá de la de ser una particular vía o canal mediante la que se enuncian las voluntades que lo conforman. Se opone en particular a la conveniencia de crear una nueva categoría jurídica, porque ello llevaría a tener que diferenciar entre distintos tipos de contratos electrónicos en razón de su objeto, afirmando que "se parte, en definitiva, de la premisa de que la contratación electrónica no comporta en las distintas figuras clásicas el nacimiento de un nuevo tipo contractual integrado en un sistema jurídico especial o independiente".

Sobre esta cuestión, hace ya más de 20 años Matéu de Ros (2000:42) entendía que la modalidad consistente en la formalización de contratos por Internet no requería reformular la teoría general de la obligaciones, al considerar que mantenían su validez los principios clásicos del Derecho patrimonial, sin perjuicio de la necesidad de alguna actualización o adaptación.[41]

En la misma línea, Fernández Fernández (2013:27) insiste en la necesidad de flexibilizar los códigos españoles de Derecho privado, permitiendo una interpretación jurisprudencial que, respetando la tradición legislativa, posibilitase aplicar sus principios acogiendo la nueva realidad tecnológica[42]. La peculiaridades

[41] "No creemos que la contratación a través de Internet vaya a dar lugar a una nueva teoría de las obligaciones, pero sí que siendo válidos, quizá más que nunca, los principios clásicos del Derecho patrimonial privado, Internet representa un nuevo ámbito o mercado de contratación, en que esos principios han de ser revisados o actualizados a la luz de una realidad tecnológica que rompe con una tradición de siglos en lo que se refiere al modo y la forma en que las personas se conocen, se ponen en contacto, se relacionen, negocian y contratan, modifican, revocan, pagan, cumplen o incumplen sus obligaciones y reclaman sus derechos. Un nuevo modo desconocido hasta ahora de prestar el consentimiento a un acto o negocio jurídico, diferente tanto de la forma verbal como escrita" (Mateu de Ros. 2000:42).

[42] "Asistimos en este nuevo siglo a una revolución tecnológica que modifica la sociedad, la industria, los servicios, los mercados, la economía al Fin, y por tanto, también el Derecho. La pregunta que nos hacemos los juristas es si nuestros viejos códigos decimonónicos, tantas veces enmendados, son capaces de dar respuesta a esta nueva realidad. Deberíamos esforzarnos en Flexibilizar nuestros códigos de derecho privado y permitir que los jueces y tribunales adapten los principios de los códigos y de la tradición romanista de nuestro derecho. Ese y no otro fue el espíritu de la codificación en España: crear un Código Civil y un Código de Comercio que, recogiendo nuestra tradición legislativa, tuvieran aquella Flexibilidad que permite al intérprete, muchas décadas después de su entrada en vigor, aplicar los mismos principios

que presenta el denominado "Derecho electrónico" o "Derecho de Internet", determinan su integración en el Derecho privado, con una aproximación importante del Derecho civil y el mercantil, cuya distinción se volvería, en el ámbito de las obligaciones y contratos, aún más difusa, como muestra el que la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) haya equiparado, al modificar los artículos 1.262, apartado 2, CC y 54 del CCom, los contratos civiles y mercantiles a los efectos de la determinación del momento de la celebración del contrato (Fernández Fernández. 2013:34).

Otros autores, como Barrio Andrés (2020:91), vienen a justificar la necesidad del nuevo Derecho de Internet y la conveniencia de dotar de una regulación específica a las nuevas figuras que surgen al albur de la *Web* 2.0, citando en particular el contrato de suministro de contenidos electrónicos como ejemplo justificativo para ello.

En relación con esta cuestión, y más en línea con esta última opinión, nos inclinamos ya por anunciar una posición favorable a la consideración autónoma del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, por las razones que se detallarán más adelante, pero que ya pueden apuntarse como la necesidad de atender a características esencialmente novedosas que no quedan satisfactoriamente atendidas mediante las categorías jurídicas típicas tradicionales. Aceptando que los elementos esenciales del negocio jurídico "no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico" (Vega Vega. 2018:64), creemos que no existen razones para no admitir nuevas tipologías contractuales cuyas particularidades exceden del mero vehículo empleado para transmitir las declaraciones de voluntad constitutivas, y a las que se aplican principios nuevos y adicionales a los tradicionales. En un entorno tan disruptivo, hay elementos que escapan definitivamente de la configuración al uso, como puede ser el que se admita por el legislador, según veremos, la cesión del uso de los datos personales del contratante como contraprestación propia del contrato, muy alejada de tradicional "precio cierto, en dinero o signo que lo represente" del artículo 1445 del Código civil.

sin tener que modificar lo establecido en el Código a través de leyes especiales". (Fernández Fernández. 2013:27-28)

En todo caso, y avanzamos ya que la regulación jurídica adoptada por la UE sobre estos contratos, que resulta sin duda novedosa, no reúne los requisitos precisos para poder afirmar la regulación de una nueva modalidad contractual; más bien, y por las razones que expondremos, se ha buscado establecer una regulación parcial de los suministros de contenidos y servicios digitales, que tenga un carácter "ubicuo", esto es, que pueda ser adoptada e incorporada en estructuras de contratos diversos.

En cuanto a los principios por los que se rige el comercio electrónico y caracterizan a los contratos electrónicos, Castillo Parrilla (2018:108-109) los sintetiza como sigue:

> -equivalencia funcional y no discriminación, que atiende a la determinación de la función que en la contratación electrónica representan los medios empleados para las declaraciones de voluntad, en referencia a las categorías tradicionales como el papel, afirmando de los mismos un valor jurídico análogo
>
> -no alteración del derecho preexistente, en cuanto no se plantea una modificación substancial del Derecho de obligaciones y contratos, de modo que las reglas que se aplicarán al contrato electrónico serán equivalentes a las que se aplicarían en caso de celebrarse por otros medios, y sin perjuicio de las especialidades pertinentes
>
> -neutralidad tecnológica, de modo que las reglas que se apliquen no privilegien a una tecnología determinada frente a otras, de modo que la imparable evolución tecnológica no impida la aplicación de las normas que se vayan decantando y no exija una actualización permanente de las mismas
>
> -principios de buena fe, libertad contractual y libre prestación de servicios en la sociedad de la información, como criterios rectores ya existentes y plenamente aplicables a la contratación electrónica en lo que a sus dos primeras formulaciones se refiere, si bien adaptándose en su caso a las particulares exigencias que puedan resultar de la normativa particular de consumidores, exigencia esencial de forma, etc. La libre prestación de servicios en la sociedad de la información se equipara al principio de libertad

de establecimiento.

Ya en el año 2000, y atendiendo a las posibilidades de desarrollo económico que podía comportar, la UE aprobó la Directiva 2000/31, sobre el comercio electrónico[43]. La Directiva, que mantiene su vigencia si bien con alguna modificación (la última por el Reglamento de Servicios Digitales[44]), es una norma de aproximación que, a fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior, aproxima las legislaciones nacionales en determinados campos, que incluye, entre otros los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios o los códigos de conducta.

Su artículo 9 impone a los EEMM la obligación de permitir la contratación por vía electrónica, de modo que la regulación nacional sobre contratos no entorpezca la utilización de este tipo de contratos, para los cuales se establece el principio de equivalencia de efectos y validez jurídica respecto de los celebrados por vías tradicionales. Los artículos 10 a 15 de la norma establecieron un marco jurídico para la contratación electrónica, que pese a su limitada extensión, introdujo otros principios importantes en un momento aún de incipiente desarrollo de esa modalidad contractual. Así por ejemplo, la obligación del prestados de servicios de acusar recibo del pedido efectuado por el cliente (artículo 12, apartado 1), la de poner a disposición las condiciones generales aplicable al contrato, de modo que el destinatario del servicio pudiese almacenarlas y reproducirlas (artículo 10, apartado 3), o la norma de que el prestador de servicios de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos no debiese ser considerado responsable de los datos almacenados por el destinatario del servicio, salvo cuando concurriesen ciertos requisitos (artículo 14, apartado 1). Tanto el artículo 12 como el 14 citados han sido hoy reemplazados por disposiciones del Reglamento de

[43] 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. DOUE L 178 de 17.7.2000, págs. 1–16

[44] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). DOUE L 277 de 27.10.2022, págs. 1–102. Su artículo 89 deroga los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE.

Servicios Digitales (RSD).

Fernández Fernández (2013:50) señala que el objetivo de esta Directiva 2000/31 es el de "favorecer la contratación electrónica y generalizarla en la vida cotidiana de las empresas y consumidores, no limitarla o restringirla a determinados tipos de bienes o servicios" si bien se muestra particularmente crítico con las exclusiones, que a su juicio comportan la limitación del desarrollo de sectores de gran importancia económica, como el sector inmobiliario en la contratación por Internet, o la exclusión de los contratos de crédito y caución o relativos al Derecho de familia y sucesiones (todo ello conforme al artículo 9 de la Directiva).

La Directiva 2000/31 fue transpuesta al Derecho español por la LSSI, que regula con carácter general la contratación por vía electrónica en España, asegurando su equiparación conforme exige la Directiva, cuando establece en su artículo 23, apartado 1, que "[l]os contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez". Se trasladan también los demás principios y exigencias que impone la Directiva.

8.- Aproximación a las plataformas digitales

A) Introducción

La aparición y desarrollo de las plataformas digitales ha sido determinante en la expansión y generalización del comercio electrónico, lo que exige, en este momento introductorio del trabajo, hacer una referencia a las mismas para entender su influencia en la modalidad contractual que estamos abordando. Y es que dicha influencia ha sido particularmente relevante en el marco de los contratos electrónicos ya que, como señalan Arroyo Amayuelas y Cámara Lapuente (2020:11),

"el contrato, sobre todo el concluido por vía electrónica, ha pasado de ser una relación habitualmente bilateral a otra trilateral, gracias a la irrupción de las plataformas que actúan como intermediarias".

Las plataformas digitales concentran un conjunto de bienes y servicios para ofertarlos al consumidor directamente, o bien encauzan la oferta que presentan una pluralidad de prestadores, profesionales, e incluso de particulares, que utilizan el canal de venta que ofrece la plataforma Constituye un fenómeno con efectos claramente positivos: incremento de la oferta disponible, se propician nuevos modelos de negocio –las empresas aumentan sus posibilidades comerciales y con ello su volumen de negocio, aumentan las ventas y se ace el mercado más accesible tanto para consumidores finales como para empresas más pequeñas o con un menor acceso al mercado digital (Álvarez Moreno. 2021:12-13). Sin embargo, como se expondrá más adelante, han propiciado efectos negativos para la competencia en el mercado digital por el proceso de concentración tan acentuado en los últimos años, que ha obligado al legislador a reaccionar con un nuevo enfoque regulador en dicho mercado.

Afirma Rodríguez de las Heras Ballell (2021:405) que las plataformas representan el modelo organizativo dominante en la moderna economía digital, señalando como las restricciones impuestas por la pandemia de COVID-19 ha acelerado de una forma definitiva el tránsito de una economía digital a una economía de plataformas[45]. La emergencia y popularidad creciente de los modelos más disruptivos que han invadido la escena digital contemporánea, como la economía colaborativa el crowdfunding o la irrupción transformadora de las Fintech, no solo han sido posibles, sino que además su consolidación y expansión se han visto claramente acelerados por el recurso a soluciones organizativas basadas en plataformas. Según el Instituto Cuatrecasas (2019: 46), "las ramificaciones de la

[45] "La economía digital emerge como tabla de salvación para la actividad económica en tiempos de pandemia. Es en este contexto, en el que las populares, incluso ya dominantes, plataformas ganan un protagonismo inusitado en la conformación del comercio, de la opinión pública, del debate político, del acceso a la educación y a la cultura. La aceleración de esta tendencia acuciada por la pandemia confirma el tránsito definitivo de una economía digital a una economía de plataformas". (Rodríguez de las Heras Ballell. 2021:405).

economía de plataformas alcanzan de lleno ya al transporte, al trabajo temporal o bajo demanda, al periodismo, a diversas fases del negocio musical, a los proyectos creativos en general, pero en especial a la cinematografía y a la fotografía, a las cooperativas o proveedores de datos, a la atención doméstica de la salud o a la creación casi instantánea de mercados (*marketplaces*)".

Las plataformas digitales, que se han convertido en actores de creciente importancia en la economía digital, conforman dentro de la misma una faceta específica denominada "economía de plataformas"[46], vinculada al concepto de economía colaborativa[47].

Gramunt Fombuena (2019:196) considera que el término "economía colaborativa" induce hoy en día a confusión, ya que no alcanza a comprender todos los modelos de colaboración existentes en la actualidad. Desde un punto inicial de partida en que el término de "economía colaborativa" surge vinculado a la situación de profunda crisis económica que afectó a la primera década del siglo XXI (evocando una vuelta a prácticas de trueque o intercambio de bienes facilitadas por las nuevas tecnologías digitales), el concepto habría quedado pronto superado, en un marco en que "la incipiente idea de compartir o intercambiar entre personas ha dado paso a

[46]La economía de plataformas incluye conceptos como la economía de acceso, la economía bajo demanda o la economía colaborativa. Una interesante definición de economía colaborativa es la que ofrece la Asociación Española de la Economía Digital: "[l]a economía colaborativa la conforman aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales (P2P o B2B), o bien de particular a profesional, a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente, generando un mayor aprovechamiento de los bienes y recursos existentes pero infrautilizados. De esta manera, la economía colaborativa permite utilizar, compartir, intercambiar o invertir recursos o bienes, pudiendo existir o no una contraprestación monetaria entre los usuarios". *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales.* ADIGITAL, Asociación Española de la Economía Digital. Disponible en https://grupo.us.es/iwpr/wp-content/uploads/2017/03/informe_adigital_parte_1.pdf. Verificado el 31 de septiembre de 2014. La economía bajo demanda serían los "modelos de consumo y provisión de servicios que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada habitualmente de profesional a consumidor (B2C) a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente. La prestación se origina en base a las necesidades del usuario que demanda y se adapta a sus preferencias. Estos servicios se ofrecen normalmente a cambio de una contraprestación y habitualmente con ánimo de lucro". La economía de acceso se referiría a "aquellos modelos de negocios en los cuales una empresa, con fines comerciales, pone a disposición de un conjunto de usuarios un conjunto de bienes para su uso temporal, adaptándose al tiempo de uso efectivo que requieren dichos usuarios y flexibilizando la localización espacial de los mismos". Cañigueral Bagó, A. Madariaga. Popeo. Programa de Ciudades de CIPPEC (2018). Ciudad digital: Claves para entender la Economía Colaborativa y de plataformas en ciudades, Buenos Aires. CIPPEC, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. https://www.cippec.org/publicacion/claves-para-entender-la-economia-colaborativa-y-de-plataformas-en-las-ciudades . Verificado el 31 de septiembre de 2014.

[47] Gramunt Fombuena (2019:193).

una mucho más ambiciosa y con vinculaciones directas en el mercado liderada por profesionales o empresas ya existentes o de nueva creación". Según este autor, el término economía colaborativa debe quedar reservado para los casos de actuación en el tráfico jurídico con un propósito ajeno a la actividad profesional del actor, quedando excluidos los casos de quienes obtienen algún tipo de ganancia ofreciendo sus bienes al mercado, aun cuando su actividad no pueda calificarse de profesional, empresarial o comercial

Por otro lado, las plataformas digitales avivan hoy en día el debate sobre los intermediarios en la economía digital, de los que son ejemplos paradigmáticos, suscitando cuestiones sobre su responsabilidad, transparencia y encaje regulatorio. Ello va adquiriendo mayor relevancia en el debate doctrinal sobre el comercio electrónico[48] a medida que el papel que asumen dichas plataformas se aleja de la mera intermediación, y van asumiendo roles activos en el desarrollo de prestaciones o en la ordenación de actividades comerciales en la red (no necesariamente a cambio de una prestación pecuniaria).

Según datos ofrecidos por la Comisión Europea, en el año 2018, más de un millón de empresas de la UE comercian por medio de las plataformas en líneas para contactar con la clientela, y se estimaba que alrededor del 60 % del consumo privado y el 30 % del consumo público de bienes y servicios relacionados con la economía digital total se gestionan a través de plataformas digitales[49]. Ello da una idea de la importancia que han adquirido en el contexto del comercio por Internet.

Como afirma Álvarez Moreno (2021:9), la irrupción de las plataformas digitales y la extraordinaria expansión de su papel intermediador en la contratación de bienes y servicios por Internet ha generado una nueva "realidad sociojurídica, en

[48] Véase al respecto las "Reglas Modelo sobre Plataformas Online" propuestas por el European Law Institute en 2019, enfocadas hacia una posible exigencia de equidad y transparencia de las plataformas digitales en su relación con los usuarios: "[…] the ELI Project Team has drawn up a set of Model Rules that is meant as a contribution to the ongoing debate and provides a visualisation of how a balanced approach could look, if regulatory action is considered necessary". Report of the European Law Institute. *Model Riules on Online Platforms.* European Law Institute. Viena, 1019. Pág. 7. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf . Verificado el 31 de septiembre de 2024.

[49] Exposición de motivos de la propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea. Documento COM(2018) 238 final de la Comisión Europea. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52018PC0238 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

la que las fronteras del comercio electrónico han dejado de ser geográficas, para ser sólo tecnológicas".

B) Definición y caracteres

En cuanto a la definición de lo que sean estas plataformas, las distintas aproximaciones a las mismas parten de la idea de ámbito delimitado o cerrado en el que se constituyen dentro del universo abierto que es Internet. Se trata en ese caso de entornos cerrados y centralizados dentro de la Red –espacio virtual por esencia abierto y descentralizado-, gestionados y regulados por un operador. Dicho operador gestiona, en el más amplio sentido de la palabra, los diversos aspectos del funcionamiento de la plataforma: regulación, supervisión, ordenación, etc. Los partícipes han de ser previamente aceptados para poder contratar, debiendo a tal fin asumir las normas establecidas por las que han de regirse sus relaciones tanto con la plataforma como con los demás partícipes[50].

Es interesante recordar, en relación con esta obligación que las plataformas digitales imponen a los usuarios de aceptar sus condiciones generales de uso, las reflexiones que hizo el TC en su sentencia 27/2020[51] sobre la cuestión, analizando

[50] Como señala Rodríguez de las Heras Ballell (2021:407), el entorno regulado de las plataformas digitales se estructura sobre dos tipos de relaciones contractuales: "Una relación vertical vertebradora de la constitución y la operativa de la plataforma y un tejido tupido y extenso de relaciones horizontales entre los usuarios. De un lado, el acuerdo de acceso que concluyen los usuarios, profesionales o no profesionales, con el operador para unirse a la plataforma y en la que se contemplan directamente o por referencia todas las condiciones y políticas internas de la plataforma. El usuario, al concluir este contrato por el que se une a la comunidad, acepta y se obliga a cumplir estas políticas de la plataforma vigentes en cada momento, es la «ley de la plataforma». En esta relación, que describimos gráficamente como vertical, se configuran las condiciones en las cuales el operador desarrolla y ejerce sus funciones: el ofrecimiento de un entorno para la interacción de los usuarios junto con la prestación de un amplio y variado conjunto de servicios (transaccionales, reputaciones, de recomendación, de búsqueda, de pago, de crédito, publicitarios, de aseguramiento), la adopción de reglas, la supervisión del cumplimiento de forma directa o a través de sistemas descentralizados de notificación por los usuarios o mediante mecanismos automatizados, la gestión de quejas y la resolución de conflictos. En consecuencia, toda la actividad interna de y en la plataforma queda definida y determinada por un nutrido conjunto de disposiciones contractuales.

[51] Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, BOE nº. 83, de 26.03.2020, ECLI:ES:TC:2020:27

en particular las de una conocida red social. Además de señalar que el contrato que el usuario de la red social suscribe con la misma constituye un "contrato electrónico puro", en el que el usuario no tiene capacidad alguna de negociación por constituir un contrato de adhesión, venía el TC a expresar dudas importantes en cuanto a la adecuación de la manifestación de voluntad para celebrar el contrato de servicios digitales que el usuario suscribe con la plataforma gestora de la red social, y por tanto, en el caso estudiado, que pueda considerarse dicha expresión de la voluntad como habilitante de cualquier tratamiento que un tercero pueda hacer de la información publicada por el usuario en la red, máxime cuando la propia plataforma tenía, por defecto, activada la opción que permitía el mayor nivel de publicidad de la información compartida[52].

El interés de esta sentencia (a la que se hará referencia más adelante al considerar el concreto modelo de plataforma digital que en la misma se analiza), reside no sólo en que sea la primera en que nuestro TC analiza la problemática de los derechos de la personalidad en las redes sociales (Flores Anarte. 2020:40)[53], sino también, a los efectos de este trabajo, en que se analiza un contrato puramente electrónico como el que vincula a un usuario de una red social con la plataforma gestora, que constituye propiamente un contrato de prestación de servicios digitales extendido en el tiempo. Esta modalidad de contrato ha sido objeto de la regulación establecida en 2019 por la UE en la DCSD, objeto de nuestro estudio.

El surgimiento de la economía de plataformas ha sido el resultado de una confluencia de factores entre los que destaca la evolución tecnológica, sin que ello signifique que la eclosión de tales plataformas obedezca al desarrollo de una

[52] "El uso de condiciones generales empleado en este procedimiento de contratación online, sus características, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella. Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización". Ibidem. F. J. 3º.

[53] La misma autora, desde otra perspectiva, resalta el valor de la sentencia del TC por cuanto viene a recordar "que, por mucho que hayan evolucionado los medios de comunicación y se haya incrementado el volumen y el ritmo de intercambio de información personal a la par que relajado los controles públicos, los derechos fundamentales de la persona continúan estando vigentes y las facultades que los mismos atribuyen a sus titulares no pueden verse mermadas ni sus límites alterados". (Flores Anarte. 2020:40)

concreta tecnología, ni aun a la confluencia de varias de ellas en un grado suficiente de madurez (Instituto Cuatrecasas. 2019:39). Más bien responde al surgimiento de las capacidades necesarias que proporcionaron, en un momento dado, un conjunto de tecnologías en distinto grado de madurez (tales como la identificación de activos, localización, conexión entre agentes a través de un mayor ancho de banda disponible, el crecimiento de las redes sociales, la "humanización de una tecnología que ha facilitado su utilización", reducción de costes de intermediación, etc.).

Conviene señalar que, en el ámbito normativo de la UE, el Reglamento de Servicios Digitales (RSD)[54] al que nos referiremos con más detenimiento en el siguiente capítulo, define las "plataformas en línea" como "un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento" (artículo 3, letra i).

Dicha definición permite confirmar que en la contratación a través de plataformas existen tres intervinientes: la plataforma digital (que puede limitase a actuar como intermediario, o intervenir con mayor o menos intensidad en la comercialización del producto o servicio), el prestador del servicio (que puede ser o no profesional), y el destinatario de los servicios (que puede ser un ciudadano cualificado, un consumidor o un profesional) (Gramunt Fombuena. 2019:202). La distinta calificación de una u otra parte, o el distinto papel asumido por la plataforma digital determinará, normalmente, la aplicación de un distinto régimen jurídico a las relaciones contractuales que se establezcan (de mayor protección para el destinatario si este tiene la condición de consumidor, de carácter civil ordinario en caso de que no tengan esa condición y los dos actuantes operen sin propósito comercial o profesional, o mercantil en caso de que sí lo hagan).

[54] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. DOUE L 227, de 27 de octubre de 2022, p. 1.

Por otro lado, en el caso de plataformas que se limitan a realizar funciones de intermediación digital entre usuarios, se estará en presencia de dos particulares que establecen contacto a través de la plataforma para la conclusión de un contrato entre ellos, pudiendo esta ofrecerles servicios adicionales que faciliten su conclusión (como puede ser una pasarela de contratación, o la gestión de depósitos o reservas pactadas entre los contratantes). Esta actuación intermediadora de la plataforma será normalmente remunerada en forma de cualquier ventaja económica, pudiendo en tal caso atribuirse la condición de consumidores a los dos particulares que celebran el contrato (Rubio Gimeno. 2019:232).

Constituyen estas plataformas estructuras flexibles, que presentan una gran diversidad tanto en su conformación, como en sus objetivos y potenciales usuarios, presentando una gran versatilidad en el entorno digital, centrada en el alojamiento de mercados, redes sociales, concentración y organización de financiación participativa, actividades de economía colaborativa, fases diversas de la cadena de suministro, e incluso espacios creativos o de contratación pública (Rodríguez de las Heras. 2021: 406). Hoy el intercambio de productos o servicios a través de plataformas no sólo se limita a Internet, sino que se ha extendido de manera progresiva a la telefonía móvil, mediante el uso de las denominadas "aplicaciones" o *Apps* (Gramunt Fombuena. 2019:193). Esta multiplicidad de canales que confluyen sin excluirse (dado que es posible acceder a la misma plataforma para operar en ella desde un equipo informático personal o desde el teléfono móvil inteligente o *Smartphone*), denominada hoy en ámbitos de gestión empresarial "omnicanalidad"[55], explica también la extraordinaria expansión que se está produciendo en los últimos años de la economía de plataformas, y con ello, del comercio electrónico a través de las mismas.

Debe indicarse que el RSD ha prestado especial atención a un tipo particular de plataformas digitales, como son aquellas que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. La importancia adquirida por el volumen de negocio que se encauza a través de las mismas, en su función

[55] Catalá Santainés, J.M. (19 de junio de 2018). *Omnicanalidad: cómo tener una relación 360º con los clientes sin perder oportunidades*. Economía y Empresa. Blog de los Estudios de Economía y Empresa. UOC. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

intermediadora entre consumidores y productores y fabricantes, ha llevado al legislador de la UE a imponer a estas plataformas una serie de obligaciones y cargas para ofrecer mayor protección a los consumidores que contratan a través de ellas. Así, en los artículos 29 a 32 del RSD se exige a tales plataformas que ofrezcan, al menos para los consumidores radicados en la UE, información suficiente que permita la "trazabilidad" (identificación y localización de los comerciantes). Igualmente, se exige a las plataformas que diseñen sus interfaces de modo que se facilite a los comerciantes que contratan a través de ellas el cumplimiento de sus obligaciones de identificación, información precontractual, o información relativa al etiquetado y marcado de sus productos. Igualmente, la plataforma debe ofrecer a los consumidores que hayan adquirido productos a través de ella, información relativa a la licitud de los productos, o sobre cualquier vía de recurso pertinente de la que puedan beneficiarse aquellos. Constituye esta regulación una reacción del legislador de la UE, a fin de no ver mermadas las garantías ya establecidas en su acervo a favor de los consumidores, ante el enorme volumen de negocio que las plataformas digitales han conseguido captar también de la adquisición por los consumidores. Ello incluye también los contratos que, a través de las mismas puedan celebrar tales consumidores para el suministro de contenidos y servicios digitales.

Avanzando en la caracterización de las plataformas en línea, para Arroyo Amayuelas (2021:222), la nota definitoria de las plataformas digitales la constituye su condición de espacios de intermediación entre grupos distintos de usuarios, y la creación de efectos de red indirectos, en el sentido de que el valor que el usuario de un determinado grupo obtiene de su interacción en la misma aumenta en función del número de usuarios del otro grupo. Asimismo, por la forma de fijación de precios que se da en estas plataformas que no sería neutra, puesto que las propias plataformas pueden influir en el volumen de transacciones alterando el precio, al alza o a la baja, para un grupo y en forma inversa para el otro. Son en definitiva una modalidad de los denominados *Two-sized markets* o mercados bilaterales, donde resulta fundamental el papel del intermediario (el operador de la plataforma) en la ordenación de las actividades que transcurren a través de ella[56].

[56] A two-sided platform provides goods or services to two distinct groups of customers who need each other in some way and who rely on the platform to intermediate transactions between them. Two-sided platforms "minimize transactions costs between entities that can benefit from getting together[,..]"

Acentuar la nota de intermediación de las plataformas implica ya adoptar posición en relación con su naturaleza jurídica, objeto de debate académico en torno a si debían ser consideradas como meras intermediarias electrónicas o como prestadoras principales de los servicios ofrecidos (Fernández García de la Yedra. 2021:34). La cuestión ha sido abordada en más de una ocasión por el TJUE, que ha decantado, lógicamente en el marco del Derecho de la UE y a través de la interpretación de la Directiva de Servicios[57], criterios para distinguir si una plataforma digital debe considerarse mera intermediaria o prestadora del servicio principal, atendiendo a si el servicio de intermediación forma o no parte integrante y necesaria del servicio principal.

El TJUE concluyó constatando que así ocurría en relación con el servicio de intermediación de servicios de transporte en taxi –asunto *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15[58] - o prestados por vehículos de turismo con conductor – asunto Uber, C- 320/16[59]- , donde consideró que el servicio ofrecido por la plataforma digital era un servicio de transporte. En esta cuestión prejudicial española, formulada por un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, se pedía al TJUE que se pronunciase sobre la naturaleza del servicio ofrecido por la plataforma Uber a través de Internet en relación con el servicio de transporte de pasajeros con conductor. En concreto, se planteaba si la actividad desarrollada en ese concreto sector por la empresa "Uber System Spain" en España constituía un servicio de la sociedad de la información, una actividad o servicio de transporte, o bien una combinación de ambos. La plataforma permitía poner en contacto a conductores profesionales (a los que se ofrecía por la plataforma una serie de herramientas informáticas) con clientes que deseaban realizar trayectos urbanos, y que podían acceder al servicio a

permitting value-creating exchanges to take place that would not occur otherwise[…] A related feature of two-sided platforms is the need to "balance" the demands of the two sides. In setting prices, a two-sided platform needs to consider that charging a higher price to side A will result in fewer A's using the platform which in turn will result in fewer B's getting value from the platform. It also needs to consider that there must be enough A's to be of interest to the B's and enough B's to be of interest to the A's in most cases". (EVANS. 2009: 3-4). Una más extensa explicación del funcionamiento de los mercados bilaterales en red puede encontrarse en Evans, David S., *Two-Sided Market Definition* (11 de noviembre de 2009). ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES, Forthcoming, SRNN: https://ssrn.com/abstract=1396751 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[57] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. DOUE L 376, de 27.12.2006, pág. 36.

[58] STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981, apartado 37. STJUE

[59] STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS*, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221, apdo. 24.

través de la plataforma que ofrecía Uber. Aunque la actividad de "Uber System Spain" se desarrollaba exclusivamente en España, la misma estaba vinculada a una plataforma internacional, motivo en el que el Tribunal de Justicia fundó su competencia para conocer de la cuestión prejudicial al tener aquella implantación en varios Estados miembros de la Unión.

Tras analizar el funcionamiento de la plataforma de intermediación, que indica la sentencia funcionaba "mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, de información relativa a la reserva del servicio de transporte entre el pasajero y el conductor no profesional que utiliza su propio vehículo, que efectuará el transporte",[60] el TJUE concluyó que la actividad desarrollada por Uber no se limitaba estrictamente a un servicio de intermediación o de mera puesta en contacto de las partes que desean contratar el transporte urbano concreto, sino que presta a conductores no profesionales, que utilizan su propio vehículo, una aplicación sin la cual no podrían prestar sus servicios, ni los clientes contratar los mismos. Además, ofrece unas características adicionales en relación con el servicio (establecimiento del precio máximo del desplazamiento, el servicio de cobro al cliente para luego abonar una parte del pago al conductor, e incluso un cierto control sobre la calidad de los vehículos y el comportamiento de los conductores), que llevaron al TJUE a concluir que más que un servicio de intermediación, la actividad de Uber formaba parte de un servicio principal que era el transporte, por lo que no podía calificarse de "servicio de la sociedad de la información" de conformidad con la Directiva 2000/31 -y que por tanto no resultaba aplicable al mismo-, sino de "servicio en el ámbito de los transportes" que debía regirse por el título específico del artículo 58, apartado 1, TFUE relativo a la libre prestación de servicios en materia de transporte[61].

[60] Ibidem, apdo. 35.

[61] Ibidem, apdo. 48: En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 56 TFUE, en relación con el artículo 58 TFUE, apartado 1, el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 y el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31."

Señaló sin embargo lo contrario en el caso de la plataforma Airbnb de intermediación en contratos de arrendamiento turístico de corta duración –asunto *Airbnb Ireland*, C-390/18[62]- En esta sentencia, el TJUE reconoció en el servicio de intermediación prestado por dicha empresa como una actividad autónoma e independiente de la actividad para la que se presta el servicio, en este caso el ofrecimiento de alojamientos turísticos. Airbnb no se limita estrictamente a la intermediación propiamente dicha, sino que ofrece prestaciones adicionales a través de su actividad en línea, que van más allá de lo que estrictamente constituye la ayuda para localizar el alojamiento ofertado y la posibilidad de compararlo, cuando además estos servicios no son el único cauce de localización del bien ofertado. El Tribunal considera por tanto que se trata de un servicio global, que en este caso sí merece una calificación jurídica diferente. Alcanzó por ello la conclusión de que en el caso de Airbnb se está ante un servicio propio de la sociedad de la información –y, por tanto, de mera intermediación-, debido al carácter disociable del servicio de intermediación prestado por Airbnb respecto del servicio global, cuya prestación principal era el servicio de alojamiento.

Estos criterios son relevantes, con carácter previo al análisis de la DCSD, a fin de determinar la posición del operador de la plataforma de suministro de los contenidos o servicios digitales, pues será muy distinta según sea como mero intermediario al que resulta de aplicación el régimen de prestadores de servicios de la sociedad de la información de la Directiva 2000/31/CE (que implica la exención de responsabilidad en cuanto a los contenidos alojados en la plataforma salvo en caso de conocimiento efectivo de su falsedad no habiéndolos retirados con la diligencia exigible según el artículo 14 de dicha Directiva 2002/31/CE, o la obligación de supervisión que puede imponerse por los Estados miembros conforme al artículo 15, apartado 2, de la misma norma). Si por el contrario se considera que no es mero intermediario sino propiamente prestador del servicio subyacente, estará sujeto a las obligaciones impuestas por la DCSD, de garantizar la conformidad de los contenidos y servicios con el contrato y de responder en los casos establecidos por la misma (García Pérez. 2020:881).

[62] STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland UC*, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, apdo. 69

La DCSD, en su considerando 18, advierte en este sentido en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que «[l]os prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales». En este sentido, García Pérez (2020:881) señala la dificultad de encajar el concepto de "socio contractual directo del consumidor" en nuestro sistema, al ser una transcripción literal del término inglés, debiendo entenderse como "parte contractual directa del consumidor".

Citamos igualmente la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados *Google France/Louis Vuitton*. El Tribunal de Justicia señaló el criterio clave para determinar cuándo una plataforma en línea se considera un «prestador de servicios intermediarios», remitiéndose al considerando 42 de la DCDE y subrayando que para ello la actividad del prestador de servicios. De acuerdo con este considerando, se entiende que los servicios de la sociedad de la información proporcionan el proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva.

Por tanto, para poder definir con una mínima precisión la posición jurídica de quien opera profesionalmente una plataforma digital (estableciendo el marco de interrelación entre los usuarios y potenciando la *vis atractiva* de su *marketplace* para aquellos), es fundamental analizar la articulación contractual de su posición, así como considerar las dos vertientes fundamentales de actividad de una plataforma: la desplegada por el gestor y la de los usuarios, con implicaciones jurídicas interrelacionadas pero muy variables, pues como afirma Rodríguez de las Heras: la actividad de los usuarios no necesariamente se proyecta en el gestor de la plataforma y, por otro lado, es preciso analizar detenidamente la posición jurídica adoptada por este para determinar su condición de mero prestados de servicios de intermediación, o de verdadero agente o distribuidor o un prestador directo de productos o servicios, bien por su auténtica condición de proveedor, o porque lo aparente ser (Rodríguez de las Heras. 2021:408). En este sentido, y refiriéndose al

distinto régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la información en el régimen jurídico español, De Miguel Asensio (2022:145) también advierte la necesidad de distinguir entre prestadores de servicio meramente intermediarios y el resto de prestadores de servicios, que son propiamente los proveedores de contenidos que ofrecen y difunden información a través de los servicios ofrecidos por los primeros, los intermediarios.

Otro aspecto que es necesario destacar, como ya lo hemos hecho en referencia al comercio electrónico en general, y de cara a su consideración en el posterior estudio sobre contratación digital de contenidos y servicios digitales, es el carácter transfronterizo que presenta habitualmente la actuación de las plataformas digitales, debido precisamente a la característica señalada de las economías de red que se generan al extender los servicios a cuantos más partícipes posibles, en distintos países.

Esta característica adquiere relevancia en relación con la determinación de la ley aplicable al contrato celebrado, transnacional en muchas ocasiones como decimos, o al régimen de responsabilidad contractual. El carácter ubicuo de la Red llevará en muchas ocasiones a tener que determinar el lugar de prestación de los servicios por parte de la plataforma, para lo cual, (y más allá de los casos en que, por actuarse en el marco territorial de la UE deban las normas del Reglamento Bruselas I bis[63]), Merchán Murillo (2021:488), considerando los criterios de UNCITRAL, es partidario de atender al lugar indicado por el propio prestador de servicios de su establecimiento –que crearía una presunción a favor del lugar señalado por el mismo como su centro de operaciones no temporal- o, en caso de pluralidad de centros, al establecimiento más determinante por presentar una relación más estrecha con el contrato celebrado.

[63] Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 351, de 20.12.2012, pág. 1.

C) Las plataformas digitales y el riesgo para la competencia

La vinculación jurídica con plataformas por parte de los consumidores y empresarios presenta ventajas e inconvenientes para los mismos. Entre los primeros, Fernández García de la Yedra (2021:34) señala que las plataformas digitales "han transformado contextos sociales, políticos, educativos y de la vida pública, ofreciendo entornos participativos y de colaboración, creando nuevas oportunidades, facilitando la creación de comunidades, movilizando recursos y capital, y promoviendo la innovación". Otras ventajas innegables son el ahorro de costes o el mayor número de operaciones que posibilitan -por la facilidad de operar en una estructura cerrada-.

Frente a ellos, entre los inconvenientes que presenta la economía de plataformas destacan los riesgos que, para la buena ordenación de la competencia en el mercado, puede comportar la posición dominante en determinados sectores de algunas de estas plataformas. Sobre esta última cuestión advierte Rodilla Martí, cuando señala que una vez tomada por el empresario la decisión del traslado online de su negocio, y de hacerlo incorporándose a una plataforma ajena, el participar de una plataforma de terceros le permite beneficiarse de un ahorro de costes directos, pero le sujeta a sufrir consecuencias indirectas derivadas de la aplicación de conductas abusivas o anticompetitivas por el titular de la plataforma (Rodilla Martí. 2021:261).

Y es que resulta innegable que otro efecto derivado de la economía de las plataformas es el impacto en la Competencia, debido a la concentración de oferta y demanda que generan unida a la ya mencionada determinación unilateral de las condiciones de contratación (Arroyo Amayuelas. 2021:26). Estos efectos indeseables sobre el tradicional Derecho de la competencia de la UE ha determinado que la Comisión Europea[64] haya centrado en la actividad de las grandes plataformas

[64] Por ejemplo, el asunto AT. 39740 – Búsqueda de Google (Shopping), objeto de la decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 (resumen de la decisión publicado en el DOUE C 9, de 12.1.2018. pág. 11), por la que se impuso a Alphabet y Google una multa de 2.420 millones de euros por abuso de posición dominante en los mercados de referencia de búsqueda general, al posicionar y visualizar de manera más favorable, en sus páginas de resultados de búsqueda general, su propio servicio de compras comparativas en comparación con los de la competencia (apdo. 9 del Resumen de la Decisión). O la Decisión de la Comisión C(2018) 4761 final, de 18 de julio de 2018, relativa a un procedimiento de conformidad con el

digitales buena parte de sus procedimientos sobre competencia (Guerrero Pérez. 2021:354), y que finalmente la determinase a proponer una regulación con el fin de paliar efectos indeseables en el mercado interior, inicialmente plasmada en el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea, y más tarde en el Reglamento de Mercados Digitales y el Reglamento de Servicios Digitales –normas sobre las que volveremos más adelante-. Frente a ello, no ha dejado de señalarse por otros autores la posible inadecuación de los conceptos del Derecho de la competencia para tratar de resolver los problemas jurídicos que se plantean en relación con las plataformas digitales[65].

Como señala Martínez Alba, en una economía digital cada vez más centrada en la creación de valor a partir de los datos, es preocupante la acumulación de una gran cantidad de datos en manos de un pequeño número de actores, lo que general ventajas competitivas y crea desequilibrios en el mercado al impedir la entrada de nuevos actores "que podrían aportar soluciones innovadoras con nuevos productos o servicios" (Martínez Alba. 2021:89)

También se han producido reacciones contra el excesivo poder alcanzado en el mercado por algunas de estas plataformas en los EE.UU. (así el informe adoptado en abril de 2021 por el *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* a raíz de una investigación iniciada en 2019 por el *Comittee on the Judiciary* sobre la situación de dominio de alcanzado por Amazon, Apple, Facebook y Gooble, y sobre sus prácticas comerciales, a fin de determinar cómo su poder afectaba la economía y democracia estadounidense[66]) o

artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [asunto AT.40099 — Google Android], por la que se impuso a Google una multa de 4.342 millones de euros, por imponer restricciones contractuales anticompetitivas a los fabricantes de dispositivos móviles y a los operadores de redes móviles, en acuerdos de distribución, fragmentación y de reparto de ingresos celebrados por Google con fabricantes de dispositivos móviles. La decisión fue ratificada en su casi totalidad por el Tribunal General de la UE en sentencia de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet/Comisión (Google Android)*. T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, donde se rebajó la multa a 4.125 millones de euros. (sentencia pendiente de recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia, asunto C-738/22 P)

[65] "Y no siempre resulta adecuado utilizar el Derecho de la competencia para intentar desconcentrar los mercados electrónicos. […] Tal vez, resultaría más adecuado luchar contra las prácticas que consideramos abusivas con otros instrumentos legales, como es el caso de la Directiva 2019/2161 *Omnibus*" (Cristina Tudor. 2021: 156).

[66] El informe *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* publicado en julio de 2022 (disponible en https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-

en Japón (con la adopción en 2020 de la *Improvement of Transparency and Fairness in Trading on Specified Digital Platforms Act* –TFDPA- a que ya hemos hecho referencia).

Los particulares y distintivos efectos de las plataformas digitales sobre la competencia en el mercado han sido analizados, entre otros, por Cristina Tudor (2021:153), quien ha señalado que su gran diferencia frente a los mercados tradicionales y lo que acentúa su carácter disruptivo es que en tales plataformas se potencian enormemente los efectos de las llamadas cuatro economías: economía de escala (al ofrecer estas plataformas servicios con costes marginales –aquel incremento e coste que exige la producción de una unidad adicional- prácticamente nulos), economía de alcance (que se produce por las sinergias en la prestación de servicios, por su interoperatividad y mayor eficiencia en la oferta), economía de experiencia (la derivada de la utilización, a mucha mayor escala que otro tipo de mercados, de algoritmos, inteligencia artificial, datos personales, etc., incrementando con ello su eficacia) y economía de red (la ya mencionada correlación entre los beneficios de un lado del mercado, y el número de participantes en el otro lado propia de estas plataformas, unida al aumento de rentabilidad derivada del crecimiento de la red).

Ello ha determinado en algunos casos, señala De Miguel Asensio (2023:46), que las plataformas hayan acumulado un enorme poder y generado una gran dependencia para quienes contratan servicios con las mismas, que se encuentran en una completa situación de subordinación frente al prestador de servicios, quien tiene un enorme poder para fijar las condiciones de utilización de la plataforma, imponiendo al usuario un previo registro y la aceptación, sin margen alguno de negociación, de un acuerdo marco que regula los servicios prestados por la plataforma, las condiciones generales y los términos de uso, pudiendo incluso ofrecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos entre los usuarios de la plataforma y terceros, en detrimento de los remedios jurisdiccionales ordinarios.

117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024) culmina una investigación iniciada en 2019 por el Committee on the Judiciary sobre la situación de dominio de alcanzado por Amazon, Apple, Facebook y Gooble, y sobre sus prácticas comerciales, a fin de determinar cómo su poder afectaba la economía y democracia estadounidense, siendo las recomendaciones que contiene enormemente ilustrativas para tener cabal conocimiento de las prácticas comerciales abusivas desarrolladas por dichas plataformas.

D) Mención de los modelos de plataformas digitales

Creemos también necesario referirnos a una modalidad particular de estas plataformas que han tenido un gran desarrollo en la última década, y que hoy presentan un modelo de negocio característico y de creciente prominencia en el comercio electrónico. Tienen además una particular importancia en relación con nuestro objeto principal de estudio, los contratos de suministro de bienes y, en particular, de contenidos digitales. Buena parte de la regulación contenida en la Directiva 2019/770 atiende a elementos que presentan alguna relación con el modelo de plataformas digitales a que se va a hacer referencia seguidamente (por citar sólo algunas cuestiones, la regulación de los contratos de suministro digital extendidos en el tiempo obedece, en buena medida, a la generalización de ese modelo de plataformas digitales).

Nos estamos refiriendo a las plataformas digitales que ofrecen el acceso a contenidos audiovisuales digitalizados bajo suscripción. Normalmente, el acceso a los contenidos se obtiene en la modalidad de *streaming*, es decir, sin posibilidad de descarga o almacenamiento por el cliente (aunque cada vez es más frecuente que se ofrezca la posibilidad de descarga temporal en el equipo del cliente, siempre que se utilice la aplicación o el software de la propia plataforma). Asimismo, es frecuente el ofrecimiento del acceso a los contenidos ofertados por la plataforma de forma gratuita, a cambio de aceptar el cliente determinadas restricciones como el visionado o escucha de mensajes publicitarios intercalados en el contenido demandado, limitaciones que pueden evitarse a mediante una suscripción *premium* que da acceso a una mayor oferta de contenidos o prestaciones adicionales sobre la modalidad de acceso gratuita (modalidad de negocio a la que se ha denominado estrategia *freemium*) (OCDE. 2019:82).

El éxito de este modelo de comercio electrónico particular a través de plataforma se explica, según el informe de la OCDE "Unpacking e-Commerce" (OCDE. 2019) en que, por un lado, asegura a las empresas oferentes unos ingresos estables y regulares, y por otro facilita al cliente un acceso rápido y cómo a una enorme variedad de contenido, al tiempo que lo libera del proceso de compra del contenido

y de los trámites aparejados al mismo. El contenido, una vez accedido y "disfrutado" a través de la red, no queda en el patrimonio del cliente como ocurría hasta hace no mucho con soportes como el compact-disc o la cinta de video, soportes materiales que se ofrecían bajo modalidad de compra o alquiler como única posibilidad del consumidor de acceder a dicho contenido audiovisual. Nuevamente, el grueso de este negocio a nivel mundial se concentra en unas pocas plataformas que han conseguido aglutinar a un número extraordinariamente elevado de consumidores en muchos países diferentes, cuyo éxito se refleja en el volumen de negocio.

Así, Netflix tuvo una facturación en 2019 de 18.184 millones de dólares estadounidenses, incrementando en un 18% la cifra del año anterior, y con un número de suscriptores en todo el mundo de más de 167 millones. La plataforma Spotify ingresó en 2019 6.764 millones de dólares estadounidenses (González de León Berini. 2020: 45). Los datos de facturación de estas dos compañías en 2022 ascendieron, respectivamente, a 31.616[67] y 11.727[68] millones de dólares estadounidenses, lo que da una idea clara del éxito de esta modalidad de comercio digital.

Otro tipo de plataforma digital relevante para este trabajo son aquellas que ofrecen servicios de intercomunicación entre los usuarios, a través de lo que se denominan redes sociales. Soler Presas (2011:4), siguiendo a Boyd y Ellison, señala que las redes sociales en Internet (*Social Network Site,* SNS) son servicios ofrecidos a través de la Web que permite a aquellos usuarios que se inscriben a las mismas construir un perfil sobre su identidad, que se configura a partir de un formulario ofrecido por la propia plataforma que gestiona la red social en cuestión, y que se hace público (total o parcialmente a través de la propia red social). En segundo lugar, el usuario puede establecer una lista de usuarios (también afiliados a la red social) con los que quiere compartir su perfil. La tercera característica es que el usuario puede navegar a través de esa lista de contactos, así como de las establecidas por otros usuarios del sistema, visualizando información compartida por esos otros usuarios. A su vez, cada usuario puede ir actualizando su perfil, o añadir

[67] https://www.wsj.com/market-data/quotes/NFLX/financials/annual/income-statement . Verificado el 31 de septiembre de 2024.
[68] https://es.statista.com/estadisticas/1118280/ingresos-anuales-de-spotify-en-el-mundo/ . Verificado el 31 de septiembre de 2024.

información, imágenes, vídeos, expresar opiniones, compartir estados de ánimo o reaccionar a las informaciones compartidas por otros, a través de textos o herramientas en forma de imágenes predeterminadas (emoticonos) que la propia plataforma pone a disposición de los usuarios. Sobre estas características básicas, cada red social ofrece variantes y características propias, que se orientan a nichos de usuarios determinados (jóvenes, profesionales, etc.).

Este tipo de plataformas, cuyo objetivo esencial es la interconexión de los usuarios que se afilian a las mismas, se constituyen como consecuencia de la posibilidad de interacción propia de Internet de la *Web* 2.0, donde el usuario no solo busca información sino esencialmente busca compartir con otros información personal, en una forma de relación interpersonal favorecida por la instantaneidad y posibilidad de mantenerse simultáneamente en contacto con una pluralidad –en ocasiones muy amplia- de personas con las que se ha establecido conexión precisamente con ese objetivo. Como señala también Soler Presas (2011:5), estas plataformas no cobran por la utilización de la tecnología que ofrecen para la interconexión de los usuarios, dado que su negocio lo obtienen del tratamiento y utilización de los datos que los usuarios facilitan, propios o de terceros. Su volumen de negocio depende, en consecuencia, del volumen de datos que les proporcionen los usuarios, de ahí que su diseño predisponga a los mismos a compartir información, cargándola y conservándola en la plataforma[69].

El volumen de información y datos personales captados por este tipo de plataformas es enorme, habiendo fomentado y generalizado la difusión masiva de

[69] En su sentencia 27/2020, a que se aludirá seguidamente, el Tribunal Constitucional describía el funcionamiento en concreto de la red social *Facebook* indicando lo siguiente: "Para resolver adecuadamente el supuesto planteado en el presente recurso de amparo, por tanto, es necesario comprender cómo funciona internamente la red social y la forma en la que se recopila la información de los millones de usuarios, pues proviene de diversas fuentes. Básicamente, la ofrecida por el propio usuario, la publicada por otros usuarios de esa misma red social, la misma red social que registra y procesa la información y los motores de búsqueda que indexan los perfiles y los ponen a disposición de cualquier usuario de Internet. Concretamente, en Facebook, la persona, al registrarse como usuario no solo informa de su nombre y apellidos, sino en ocasiones también de su edad, dirección electrónica, estado civil, domicilio, intereses y preferencias, incluyendo en la mayoría de los casos fotografías y vídeos de carácter personal o familiar, comentarios, estados de ánimo e incluso ideologías. A ello hay que añadir que la utilización de esta red social no solo da acceso a la información ofrecida por cada usuario, sino también a la de sus contactos. Es obvio entonces que el usuario de la red social, solo por el hecho de serlo, puede verse abocado a perder el poder de decisión acerca de qué, cómo, dónde y cuándo desea que se difundan sus datos de carácter personal (entre los que debemos incluir la imagen)". Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, BOE nº. 83, de 26.03.2020, ECLI:ES:TC:2020:27, F.J. 3º.

información personal de millones de personas en principio anónimas, que las han venido compartiendo en la mayoría de los casos sin un conocimiento claro de las implicaciones que ello podía tener para su privacidad[70]. Son conocidos los riesgos y preocupación que desde su origen ha generado este modelo de negocio para la privacidad de sus usuarios, ya que estas plataformas surgieron en EE.UU. al amparo del más laxo sistema norteamericano de protección de datos, modelo que al extenderse al territorio de la UE ha confrontado con su regulación mucho más estricta sobre la materia[71].

En relación con esta modalidad de plataformas, pero pudiendo extrapolarse en general al uso que hacen las grandes plataformas digitales de los datos personales de los usuarios, debe recordarse la sentencia del Tribunal Constitucional español 27/2020[72]. En ella, y considerando un caso en que un periódico había publicado, con ocasión de un suceso luctuoso, imágenes de las víctimas del mismo que ellas habían previamente compartido a través de la red social *Facebook,* el TC tras reseñar que los cambios que comportan las nuevas tecnologías afectan de manera global a todos los ciudadanos, subraya el impacto que tenían "en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal (recogidos en el art. 18 CE) por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en Internet" (F.J 3º), y señalando como hecho innegable que la aparición de las redes sociales ha venido a modificar el modo en que las personas se relacionan en la sociedad.

[70] "Más allá de los diferentes factores que empujen a ello, lo cierto es que la difusión masiva de contenidos de diversa índole (fotografías, textos, vídeos) por parte de personas, en principio, anónimas (en el sentido de no disfrutar de una proyección pública, tal y como se había venido entendiendo hasta ahora ese concepto coloquialmente) constituye hoy en día una realidad ciertamente generalizada y asentada en los usos sociales. Si nos fijamos en los datos ofrecidos por Facebook, a esta plataforma digital —una de las pioneras y más populares en el sector— se suben más de 300 millones de fotografías diarias y, en un minuto, se publican más de 510.000 comentarios, se actualizan más de 293.000 estados y se suben más de 136.000 fotografías (STC 27/2020, FJ 3º)". (Flores Anarte. 2020:339)

[71] "Pues bien, en este sistema, el norteamericano, la noción de "privacidad" apenas admite matices. Entronca con la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para decidir, en primera instancia, qué información personal hace pública; pero, una vez publicada, le niega el derecho a controlar su difusión. Entiende que con la libre comunicación de esa información pierdes toda expectativa de privacidad sobre los datos asistiéndote, si acaso, una pretensión para controlar el uso lucrativo que se pueda hacer de ello" (Soler Presas. 2011:7).

[72] Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, BOE nº. 83, de 26.03.2020, ECLI:ES:TC:2020:27.

Dicho lo anterior, el TC establece una serie de criterios interpretativos de los citados derechos fundamentales que resultan de importancia para el funcionamiento y utilización de la información personal de los usuarios de las redes sociales. Así, en relación con el consentimiento para la captación de la imagen, señala que el mismo no se extiende a actos posteriores como su publicación o difusión (F.J. 3º), delimitando de forma útil el alcance del consentimiento del interesado para el tratamiento de estos datos personales en estos casos[73].

Aunque no constituyen el objeto principal de este estudio, es preciso abordar las plataformas digitales desde su creciente importancia como centros de contratación del suministro de contenidos y servicios digitales[74], como intermediarios cada vez con mayor presencia en la economía digital (ya actuando en la distribución de bienes, servicios o contenidos, o como proveedores de acceso –"guardianes de acceso" en la terminología de la Comisión Europea-), y porque hoy son la primera puerta de entrada a los mercados para la mayoría de las PYMES que actúan en la economía digital, independientemente del sector de la economía de que se trate (Arroyo Amayuelas. 2021).

La Unión Europea ha aprobado en los últimos años normas que abordan el fenómeno de las plataformas digitales, en cuanto han modificado de forma profunda la relación de los consumidores con el comercio electrónico en general, y más en particular con la contratación de contenidos y servicios digitales. A estas normas nos referiremos más adelante.

[73] "En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada. Por ello, el usuario de Facebook que "sube", "cuelga" o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)". Ibidem, F. J. 3º.

[74] "Las plataformas son entornos digitales para la interacción, la negociación y la conclusión de contratos, o el desarrollo de actividades de muy diversa índole entre y por los usuarios de acuerdo con un conjunto de reglas y políticas internas de base y origen contractuales. Una plataforma se constituye así sobre un entramado de relaciones obligacionales entre el operador de la plataforma y los usuarios, y los usuarios entre sí". (Rodríguez de las Heras 2021:406)

II.- LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1.- Introducción

La indagación en la regulación internacional del comercio por medios electrónicos se justifica en la necesidad de establecer la existencia de regulaciones análogas a la que constituye nuestro objeto de estudio, que puedan ser punto de referencia para el análisis que nos proponemos realizar.

Para ello, se procederá a considerar primero la normativa adoptada por organizaciones internacionales de ámbito general, para posteriormente considerar las legislaciones de algunos estados que resultan significativos, bien por su papel de liderazgo tecnológico en el mudo (caso de EE.UU. o de China), o bien porque constituyen referencias en su ámbito regional (Japón, México). Y ello también a fin de indagar la existencia de regulaciones de los contratos de contenidos y servicios digitales, que pudieran considerarse similares o en algún punto coincidentes con la adoptada en la UE.

Tal indagación parte de una consideración que hace incierto el resultado: la UE ha adoptado uno de los más elevados estándares en materia de protección de consumidores, habiendo desarrollado un acervo especializado en la materia, que persigue asegurar que la intervención del consumidor en el mercado, como agente necesario en el mismo, se vea protegida tanto en la fase precontractual como una vez perfeccionado el contrato, así como durante su ejecución. Igualmente, ante posibles daños y perjuicios que pudiera sufrir a causa del carácter defectuoso de los productos adquiridos.

A esta normativa de la UE se hará referencia más adelante, a fin de apoyar la exposición del régimen establecido en la DCSD sobre una base de análisis suficientemente fundada, tras una previa indagación en el panorama internacional de la regulación del comercio electrónico y sus aspectos conexos que ya hemos justificado como necesaria y comenzando seguidamente por la exposición de las

distintas posiciones mantenidas por la doctrina sobre la necesidad de una regulación especial del fenómeno de la contratación en la red.

Diversas han sido las posiciones de la doctrina en cuanto a la necesidad de la regulación jurídica de Internet y del comercio por medios electrónicos, y, una vez asumida la necesidad de hacerlo -máxime cuando su utilización empezó a tener una importancia cuantitativa en el comercio de bienes y servicios-, la rama jurídica desde la que debía asumirse la tarea[75].

Gramunt Fombuena (2019:192) realiza un paralelismo histórico según el cual, así como el legislador del S. XIX tuvo que afrontar la adaptación de la legislación a los grandes cambios provocados por la revolución industrial y el legislador del S. XX hubo de dar respuesta al fenómeno de la contratación en masa, el del S. XXI debe atender a los retos de la economía digital.

Barrio Andrés (2020:29) expone la evolución de la regulación desde un inicial "Derecho informático" o "de la informática", que reúne el conjunto de disposiciones que vinieron a regular las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y que se integra en las ramas tradicionales del Derecho incluyendo el Derecho Público para la regulación del flujo internacional de datos, las libertades informáticas o los delitos informáticos, y el Derecho privado para abordar los contratos informáticos desde el punto de vista del software o hardware, normativa sobre la protección de los programas de ordenador, etc.. En el mismo sentido, Fernández Fernández (2013:31) corrobora que el término "Derecho de Internet" o "Derecho electrónico" empezó a utilizarse entre juristas en la década de 1980, al hilo de la progresiva generalización de Internet.

Fenómenos posteriores como la internacionalización de las comunicaciones, la estructuración y generalización de Internet o las transferencias internacionales de datos determinan la aparición de un denominado "Derecho de Internet" o "Derecho del Ciberespacio" (*ciberlaw*) en los EE.UU. y otros estados, si bien en

[75] "Es trascendental por tanto establecer nuevos marcos conceptuales y jurídicos en los que alojar los problemas y cuestiones surgidos de la interacción entre el Derecho y la Tecnología. Es decir, se trata de bordar las relaciones entre la regulación jurídica y los instrumentos tecnológicos. El ciberespacio no es solo un nuevo entorno de interacción humanal, también es un nuevo espacio de intercambio de bienes y servicios, un nuevo mercado capaz de generar por sí mismo valor añadido respondiendo a sus propias coordenadas". (Barrios Andrés. 2020:28)

España tuvo más aceptación el término "Derecho de las TIC" (entendiendo TIC como acrónimo de "tecnologías de la información y las comunicaciones") para referirse a la misma realidad.

Lo que sí parece claro es que las nuevas necesidades regulatorias demandadas por los servicios la sociedad de la información, la generalización de la utilización de las nuevas tecnologías y de Internet y, de manera más reciente, las novedades aportadas por la evolución de Internet llevarían a la configuración de un nuevo "Derecho digital" (o, como prefieren algunos autores, "Derecho de Internet" o "Derecho electrónico") como rama específica del Derecho, rama "que es interdisciplinar y se esfuerza por completar la dirección jurídica tradicional con perspectivas desde el campo de lo digital" (Barrio Andrés. 2020:29).

Resulta llamativo que, para ilustrar la necesidad de esta nueva disciplina jurídica, Barrio Andrés haga referencia específica al contrato de suministro de contenidos digitales, objeto principal de este trabajo, reseñando como novedad que presenta el hecho de que este nuevo contrato "se construye no en relación al objeto del contrato o núcleo de pactos entre las partes, sino en torno al objeto sobre el que recae el contrato; los contenidos digitales. Se usa el término suministro de un modo vago o impropio, y se crea una categoría nueva, la de contenidos digitales, con la que hacer referencia de un modo considerablemente amplio a todas aquellas nuevas prestaciones económicas surgidas de la revolución digital" (Barrio Andrés. 2020:29). Se abriría la necesidad de dotar de regulación específica a esta y otras nuevas realidades del mundo virtual, cuyas especificidades complicarían la aplicación de las normas, instituciones y principios jurídicos tradicionales. Se apunta ya la hipótesis principal de nuestro trabajo, en cuanto a la autonomía y especificidad propia de esta nueva figura contractual, que para Barrio Andrés incluso es ilustrativa de la necesidad de una regulación propia.

Contrasta la anterior reflexión con el hecho de que, a la hora de abordar la regulación jurídica del comercio electrónico –y en principio también, por tanto, del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales-, una mayoritaria opinión en la doctrina asume un punto de partida según la cual el contrato electrónico, intrínsecamente, no presenta caracteres esenciales sustancialmente distintos al contrato clásico; lo que lo caracteriza, como ya hemos referido, es el modo de

vehicular las declaraciones de voluntad que lo conforman. Es ahí donde se presentan características particulares que sí requieren atención del legislador.

En este sentido, señala Tapia Rodríguez (2018:80) que "el contrato electrónico no es un tipo especial de contrato, sino solamente un medio de expresión del consentimiento que presenta algunos desafíos particulares: problemas de prueba, determinar el momento y lugar en que se forma consentimiento -y, por tanto, la ley aplicable precisar los deberes de información exigibles, entre otras cuestiones. Todo ello deriva de una particularidad de forma (los mecanismos o modos por los que se expresan las voluntades) y no de fondo (el contenido de sus disposiciones, que no son otras que las que establece el Derecho privado que conocemos). Los medios electrónicos amplían el horizonte de formas de expresión del consentimiento, pero no alteran su substancia".

Partiendo sin embargo de la afirmación según la cual el vehículo utilizado para transmitir las declaraciones de voluntad en el contrato por medios electrónicos no altera su esencia jurídica fundamental, también se constata en la doctrina una necesidad de atender a la regulación particularizada de determinados aspectos, por cuanto ello resulta necesario, entre otros fines, para dar certidumbre y seguridad jurídica a las partes que se involucran en esta modalidad contractual, cuando estos son consumidores y estamos en consecuencia ante una normativa particularizada de la contratación de consumo en el entorno digital, como señala De Miguel Asensio (2022:1268), quien cita las directivas 770/2019 y 71/2019 como ejemplo de una tendencia a desarrollar este régimen específico de la contratación de consumo digital.

Pese a que el punto de partida sea esa compatibilidad y encaje inicial en el tradicional Derecho de obligaciones, la doctrina no ha dejado sin embargo de incidir en la progresiva complejidad del Derecho de contratos (en relación, por ejemplo y como reto actual, ante desarrollo de la Inteligencia Artificial)[76]. En este sentido, se

[76] "Surtout, la complexité croissante du droit de contrats peut trouver dans l´AI un moyen de contribuer à une forme d´optimisation contractuelle. Le contrat est une source de risques. L´AI peut aider à trouver à identifier et à gérer ces risques. Les contrats les plus simples sont également concernés : intervention d´acteurs multiples, délais divers á respecter, formalités diverses à réaliser. Quant aux entreprises, elles sont amenées à conclure des contrats de plus en plus nombreux dont la compatibilité avec le passé contractuel est difficile à vérifier. Le contrat est également l'Object d´une enflure contractuelle, signe d´une américanisation du droit de contrats". (Mekki. 2019:136).

ha puesto de manifiesto que la contratación por medios digitales aleja geográficamente a los contratantes, porque siendo por esencia modelo de contrato a distancia, al mismo tiempo que los aleja intelectualmente -en referencia a la necesidad de medios y conocimientos informáticos para la participación en esta modalidad contractual, en referencia a la denominada "falla tecnológica"- también los aproxima porque las nuevas tecnologías son al tiempo fuente de una proximidad digital[77].

Otros autores han puesto de relieve que el fenómeno de la "electronificación" que comportan las nuevas tecnologías, junto a las ventajas materiales que también conlleva y a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior, acarrea también dificultades desde una perspectiva jurídica, "no solamente sobre la naturaleza y los efectos esenciales de las instituciones jurídicas, sino sobre sus efectos, en especial en materia de Derecho de la competencia y de la tutela de los derecho de los consumidores", señalando que "la nueva regulación jurídica ha de estar encaminada a ayudar a superar las dificultades prácticas del comercio electrónico y de la sociedad de la información, motivadas principalmente por cuestiones técnicas, pero también por los riesgos e incertidumbres que la inseguridad jurídica pueden producir en determinadas operaciones económicas a consecuencia de una insuficiente regulación legal[78].

Por ello, se concluye que la intervención del legislador para atender estas especialidades resulta necesaria, a fin de que el comercio electrónico pueda tener un completo desarrollo. Se ha puesto asimismo de manifiesto las ventajas del desarrollo normativo afrontado por algunos estados, en la conciencia de que la disposición de una regulación lo más terminada posible refuerza la posición e influencia del estado que la que lo alcanza, no solo desde la perspectiva de la

[77] Aunque el término "proximidad digital" se utiliza principalmente en relación con el comercio electrónico de alimentación en referencia a un concepto de consumidor mixto, que utiliza los canales de compra online y presencial en función de su conveniencia (véase el estudio de ASEDAS –Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados "VI Observatorio VI Observatorio de Comercio Electrónico en Alimentación", bajo el título "Proximidad digital: superconveniencia", realizado en colaboración con las Universidades Complutense y Autónoma de Madrid. Consultado en https://www.asedas.org/documentacion_asedas/vi-observatorio-de-comercio-electronico-en-alimentacion/ -verificado el 30 de septiembre de 2024-, aquí lo queremos utilizar en un sentido más amplio, como posibilidad por parte del consumidor a productos y servicios proporcionados desde lugares remotos, cuya adquisición sin Internet hubiesen estado fuera de su alcance.

codificación internacional, sino como modelo a seguir por otros Estados, y ello sin perjuicio de las muy significativas dificultades que en ese proceso se han debido de afrontar y los pobres resultados muchas veces alcanzados, como podría considerarse el caso de EE. UU. (De Miguel Asensio. 2015:866). Frente a ello, otros modelos como el del legislador español han optado por ir adoptando modificaciones parciales de la normativa de contratos, con ocasión de la reforma de normas preexistentes o de la obligada incorporación de normas del Derecho de la Unión al ordenamiento nacional[79], como se expondrá más adelante.

La regulación jurídica del comercio electrónico, como en general la de todo el fenómeno que comporta Internet, se enfrenta a una realidad incontestable: el carácter transfronterizo, la naturaleza extraterritorial de Internet. El carácter por esencia transnacional de la red de redes, en cuanto circula a través de los medios de telecomunicación disponibles que enlazan el territorio de todos los estados, determina el que no pueda confinarte un tratamiento global del mismo a un espacio territorial nacional o incluso supraestatal, salvo que se establezcan medidas técnicas de control de la información o incluso de acceso a Internet no compatibles con un régimen de derechos individuales propio de estados democráticos[80]. Por ello, para

[79] En este sentido, tras la adopción por el legislador español del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, Martínez Nadal (2000:19). señalaba ya en el año 2001 la conveniencia de los avances en esta regulación pero también el carácter fragmentario con el que la misma se afrontaba en nuestro país, y no dejaba de apuntar las dificultades de encaje que esas innovaciones presentaban con el ordenamiento preexistente, y la necesidad de reformas adicionales para resolverlas: "En pleno desarrollo de la sociedad de la información, con la aplicación de las nuevas tecnologías para el desarrollo de las verdaderas transacciones comerciales, la firma electrónica junto con los certificados y las entidades de certificación se ofrecen, desde el punto de vista técnico, como elementos para conseguir un comercio electrónico seguro a gran escala, en cuanto permiten solucionar los problemas de autenticidad, integridad, no rechazo en origen e incluso, en algunos casos, autenticidad. Desde el punto de vista jurídico estas soluciones técnicas plantean algunas dudas e incertidumbres para cuya resolución existen diversas iniciativas legislativas".

[80] Nos referimos por ejemplo al denominado "Escudo dorado" chino, denominado por occidente "The great Firewall" o "Gran cortafuegos", creado en 1996 por el Gobierno de Pekín. Inicialmente, se limitaba a bloquear direcciones IP o nombres de dominio específicos. El sistema se fue progresivamente mejorando, siendo posteriormente capaz de detectar lo que el Gobierno chino considera "contenido sensible" dentro de la conexión, determinando la puesta en marcha de un Protocolo de Control de Transmisiones, que en principio era evitable utilizando VPN (redes privadas virtuales) con servidores situados en el extranjero. El siguiente paso permitió bloquear dichas VPN, pero el impacto era tan importante (y negativo), que la estrategia finalmente empleada fue la de interferir en las VPN ralentizándolas o reiniciando dichas comunicaciones consideradas indeseables, y adoptando normas penales que ilegalizan la utilización de VPN. En *Evolución del gran cortafuegos chino: 21 años de censura"*. Disponible en https://es.globalvoices.org/2017/09/05/evolucion-del-gran-cortafuegos-chino-21-anos-de-censura/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Sobre la misma cuestión Barrio Andrés (2020:25) señala que "junto con las nuevas oportunidades proporcionadas por Internet han entrado en escena, también, otras amenazas, como el filtrado y censura de contenidos o la vigilancia en línea, que están

algunos autores[81] esta materia requiere una regulación transnacional, aplicable a una pluralidad de estados, ante la naturaleza geográficamente ubicua de Internet.

En este sentido, resulta interesante la temprana reflexión que en 1996 ofrecieron Johnson y Post[82] sobre la relación del ciberespacio[83] con las fronteras estatales, y la necesidad de un enfoque diferente en su regulación por la imposibilidad de que los estados tradicionales impusiesen su regulación, no solo por la imposibilidad práctica de imponer la observancia de su norma, sino también por una cuestión de falta de legitimidad.

Frente a esta inicial reticencia desde ciertos autores a la regulación jurídica de Internet por los estados-nación tradicionales, se fue imponiendo la necesidad de abordar la misma cuando, al extenderse su uso, se generalizaron conflictos jurídicos que fueron llegando a los tribunales.

Se ha puesto así de relieve la conveniencia de que las normas llamadas a regular esta nueva realidad jurídica tengan un carácter flexible, y se establezca una amplia cooperación internacional, que entienden viene obligada por cuanto, en la

---

aumentando en escala, alcance y sofisticación en todo el mundo, tanto en países democráticos como en Estados autocráticos, según ha estudiado recientemente Deibert. Se alerta así del viraje hacia un modelo de control en cuya virtud la libertad en el ciberespacio se va restringiendo progresivamente debido a las necesidades de seguridad, los intereses del mercado -y de los grandes señores de la Red- y las intervenciones gubernamentales […]".

[81] "La naturaleza extraterritorial de internet hace que las consecuencias de su uso y funcionamiento se extienda simultáneamente a una pluralidad de Estados, lo que ha llevado a algunos a defender la creación de un derecho nuevo mundial aplicable globalmente; sin embargo, esta no es más que una visión utópica por los importantes problemas que plantea su realización" (Puerto Mendoza. 2019:59). En el mismo sentido, Castaños Castro y Castillo Parrilla (2019:21). afirman que "toda revolución tecnológica, y no cabe dura de que la Revolución Digital lo es, necesita de un proceso de acompañamiento o recepción jurídica que permita a la sociedad aprovechar el potencial económico que representa. La singularidad de esta revolución tecnológica es que, como acertadamente señalaba Junker, no conoce fronteras, o mejor dicho, traspasa con una facilidad y rapidez hasta hace poco inimaginables, las fronteras; hasta el punto de que precisamente esta circunstancia es en sí misma un reto jurídico".

[82] "Cyberspace radically undermines the relationship between legally significant (online) phenomena and physical location.[…] Cyberspace has no territorially based boundaries, because the cost and speed of message transmission on the Net is almost entirely independent of physical location.[…] Territorial regulation of online activity serves neither the legitimacy nor the notice justifications. There is no geographically localized set of constituents with a stronger and more legitimate claim to regulate it than any other local group.[…] But trying to tie the laws of any particular territorial sovereign to transaction on the Net, or even try to analyse the legal consequences of Net-base commerce as if each transaction occurred geographically somewhere in particular, is most unsatisfying". (Johnson, Post. 1996).

[83] Barrio Andrés (2020:25) define el término ciberespacio como "el espacio global en el entorno de la sociedad de la información que consiste en el conjunto independiente de infraestructuras de TIC, y que incluye a Internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las cosas (IoT)".

mayoría de los supuestos, los fenómenos a regular afectarán a la jurisdicción de múltiples estados[84].

En este sentido, se viene por ejemplo propugnando desde organizaciones internacionales el establecimiento de regulaciones regionales, y así desde el entorno de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) se afirma que "en la economía digital la escala es un factor relevante, entendida como el volumen del mercado y por ende del caudal de datos que éste genera. Ello pone de relieve la importancia de avanzar hacia un mercado digital regional, como la ha propuesto la CEPAL. Esta es un área en la que los países de la Alianza del Pacífico (AP) y el MERCOSUR deberían trabajar en el marco de su agenda de convergencia. El régimen común ya existente en la AP, sumado a los recientes acuerdos de Chile con Argentina, Brasil y Uruguay, constituye una importante base a partir de la cual explorar opciones de convergencia entre ambos grupos" (Herreros. 2019:5). Sin duda, pesa la certidumbre de la insuficiencia de una regulación nacional al uso tradicional.

Finalmente, otros autores afirman que la regulación de Internet presenta un carácter mixto, afirmando que se trata de una "regulación `multipolar´ basada en fuentes públicas del Derecho, es decir, las normas estatales de cada país y las internacionales emanadas de los organismos internacionales y supranacionales, pero también normas privadas fundadas sobre todo en la libertad contractual y en la autorregulación". La inexistencia por el momento de un organismo global regulatorio de Internet obedecería, sigue diciendo Barrio Andrés (2020:25), no a una imposibilidad técnica sino a una pluralidad de intereses contrapuestos que no han alcanzado a concordarse.

Es interesante constatar cómo similares debates sobre la necesidad instrumentos específicos para el análisis del comercio electrónico se han producido en el seno de otras áreas académicas. Así por ejemplo desde las disciplinas económicas, donde también se planteó el debate sobre la utilidad de aplicar los esquemas tradicionales del análisis económico al comercio electrónico,

[84] Barrio Andrés (2020:25) define el término ciberespacio como "el espacio global en el entorno de la sociedad de la información que consiste en el conjunto independiente de infraestructuras de TIC, y que incluye a Internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las cosas (IoT)".

alcanzándose mayoritariamente la conclusión de la necesidad de esquemas de estudio específicos.

En cualquier caso, la regulación jurídica del comercio electrónico ha acabado por considerarse en mayor o menor medida necesaria, así como la conveniencia de abordar la misma desde un enfoque de cooperación internacional, dado el carácter transnacional de Internet y la necesidad de que los marcos regulatorios tanto del propio Internet como de los aspectos jurídicos de dicho comercio no constituyan barreras limitativas a una vía de desarrollo económico tan destacada[85].

González de León Berini (2020:47) condensa en cinco los retos que han determinado la reacción normativa por parte de las autoridades públicas frente al comercio electrónico:

-la protección de los consumidores, y la valoración de que aquellos que adquieren bienes y productos *online* gocen de la misma protección que quienes realizan sus compras por medio de transacciones tradicionales; ello ha llevado, entre otros objetivos, a que se regulen los términos y condiciones de la adquisición de bienes y servicios a través del comercio electrónico

-la protección de datos, garantizando adecuadamente la de aquellos datos que se facilitan o generan por quienes realizan transacciones online, atendiendo en particular a los flujos transfronterizos de datos asociados al comercio electrónico

-la recaudación tributaria, en particular la necesidad de abordar las dificultades que el comercio electrónico plantea para la recaudación de impuestos indirectos –principalmente IVA- siguiendo los esquemas fiscales tradicionales, y el debate sobre el lugar en que debe considerarse producido el hecho imponible sujeto a tributación

[85] "Networked firms and consumer behave differently from their counterparts in the physical market as they have digital technologies to facilitate their market activities. As a result, conventional economic assumptions on market agents must be re-evaluated. […] Consumers too will behave differently in a networked market. For example, access to product information via the network using sophisticated computer program will certainly affect the way consumer compare prices. In turn, efficient shopping will affect product choices, pricing strategies and competitive efforts among sellers." (Soy. 2000:27-28).

-asegurar el mantenimiento de las reglas de competencia en el mercado y su aplicación a los nuevos actores del mundo digital, con la alteración de las reglas tradicionales en el mercado que ha comportado su aparición, no sólo por los nuevos de negocio que ha aparejado su surgimiento (como la llamada economía de datos), sino por la potencia comercial que han adquirido las principales empresas mundiales del sector y su carácter multinacional

-finalmente, y volvemos a una característica ya repetida, el carácter eminentemente transfronterizo del comercio electrónico, que determinan la implicación de diferentes marcos regulatorios en relación con los aspectos anteriormente señalados (protección de consumidores, protección de datos o competencia) u otros como la compatibilidad y alcance de los sistemas de pago internacionales.

2.- Pasos iniciales en la regulación jurídica del comercio electrónico

Tres actores (los EE.UU., la UE y China) aparecen disputándose la primacía de la regulación internacional de la economía digital, desde filosofías subyacentes muy distintas. Los Estados Unidos buscan preservar su liderazgo, a través del establecimiento de reglas que minimicen las barreras a la circulación transfronteriza de datos y productos digitales y que cierren espacios a competidores emergentes, en particular China. Este modelo, muy ambicioso en los temas de acceso a los mercados, es bastante más laxo en los temas regulatorios, incluyendo un marcado énfasis en la autorregulación por parte del sector privado. Las limitaciones de este enfoque quedaron en evidencia a inicios de 2018, cuando se hizo público que la firma *Cambridge Analytics* había recolectado sin su consentimiento los datos personales de millones de usuarios de Facebook y supuestamente los había empleado con fines políticos. Por el contrario, el modelo adoptado por la UE propende menos al "libre comercio digital" y, como contrapartida, trata de establecer estándares más exigentes a fin de regular los efectos disruptivos de la digitalización.

Por último, China ha aprovechado con éxito la ventaja que le confiere su enorme mercado interno para cerrar la brecha digital con los Estados Unidos, y busca preservar al máximo los espacios para continuar desarrollando una activa política industrial en ese ámbito.

La posibilidad de una balcanización regulatoria de Internet en esferas de influencia de los tres actores ya mencionados plantea importantes interrogantes a los países de cada una de dichas regiones. Partiendo de su realidad actual como seguidores en la economía digital, se requiere un debate informado sobre cuál de los tres grandes modelos que hoy se perfilan responde de mejor forma a sus necesidades e intereses. Sin embargo, hasta ahora no parece existir una reflexión colectiva y estratégica sobre el rol que América Latina y el Caribe puede jugar en la definición de la gobernanza internacional de la economía digital, asunto crucial para sus opciones de desarrollo en las próximas décadas. La urgencia de dicha reflexión se vuelve aún mayor ante el reciente inicio de negociaciones sobre comercio electrónico en la OMC (Herreros. 2019:39).

La posición de los tres principales ejes geopolíticos mundiales en relación con el comercio electrónico y su regulación se exponen por Herreros (2019:24) destacando que por parte de los EE. UU. se promueve la máxima liberalización del comercio electrónico, a fin de preservar su posición de liderazgo actual en la economía digital. Por su parte, la UE, que ocupa una posición secundaria, avanza en la adopción de una regulación mediante la que conforma un mercado único digital sobre los principios del mercado único europeo, abordando áreas diferenciadas como la protección de datos personales, ciberseguridad, ciberdelincuencia, equidad tributaria, libre competencia, e incluso otras como el transporte, la vivienda y la salud. Frente a ello, China compite con EE.UU. por el liderazgo mundial de la economía digital, mediante una política industrial que promueve la creación de "campeones digitales nacionales" que puedan competir a escala mundial.

Las diferentes perspectivas de estos tres enfoques tratan de imponerse en los foros internacionales en los que se trata de alcanzar acuerdos que permitan esa deseada regulación internacional. Ello ha impedido hasta el momento forjar consensos lo suficientemente amplios como para posibilitar que, al menos en

cuestiones esenciales[86], se adopte una regulación internacional común que resulta imprescindible desde la óptica de la seguridad jurídica.

Esta situación presenta pocas excepciones reseñables que muestren acuerdos relevantes entre alguna de las partes citadas que tratan de imponer su visión y estrategia en el ámbito digital. Entre esas excepciones debe mencionarse el reciente Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y derechos humanos, democracia y Estado de derecho, abierto a la firma el pasado 5 de septiembre, y que fue firmado, entre otros estados y organizaciones, por loe EE. UU y por la Unión Europea. Siguiendo los pasos de la regulación recientemente adoptada en la UE sobre Inteligencia artificial, el Convenio marco del Consejo de Europa establece una serie de salvaguardas que los estados y organizaciones parte del convenio se comprometen a implementar en sus legislaciones, a fin de asegurar que los desarrollos tecnológicos fundados en la IA no pongan en riesgo el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos fundamentales. La entrada en vigor de este Convenio marco requiere aún cinco ratificaciones, entre ellas las de tres de estados miembros del Consejo de Europa.

3.- Los trabajos en el marco de las NN. UU (CNUDM): la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías

En el ámbito de las NN.UU., la conveniencia de abordar de una manera supranacional las particularidades del comercio electrónico se trató a finales del pasado siglo en su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL en sus siglas en inglés)[87]. Las innovaciones que las nuevas tecnologías

[86]Para más información sobre el mismo: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=225 . Verificado el 20 de octubre de 2024.

[87] La UNCITRAL fue creada en 1966 mediante la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las NN.UU. de 17 de diciembre, con una composición inicial de 29 estados (hoy 66, tras sucesivas ampliaciones acordadas por la Asamblea General en 1973 y 2002, a fin de garantizar la representación de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo), que se renuevan por tercios cada tres años. Su mandato se orienta a promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas esenciales del derecho mercantil, que en la actualidad incluyen la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública o la compraventa de mercancías.

están aportando al comercio internacional han sido objeto central de atención por la CNUDMI, que ha centrado su atención en la contratación privada, como elemento central de su desarrollo.

Como antecedente de normas más específicas sobre comercio electrónico, es preciso comenzar refiriéndonos a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Hecha en Viena el 11 de abril de 1980[88], entró en vigor el 1 de enero de 1988 y en la actualidad son 97 sus estados parte[89]. Esta convención vino a establecer una regulación uniforme y actualizada aplicable a los contratos internacionales de compraventa internacional de mercaderías, a fin de fortalecer la seguridad jurídica y abaratar costes en este tipo de contratos, constituyéndose como un referente importante para la contratación internacional al resultar aplicable a partes establecidas en países de muy diversas tradiciones jurídicas. Cuando ambas partes del contrato de compraventa internacional se encuentren establecidas en estados que sean parte de la Convención, esta se aplica directamente, sin necesidad de acudir a las normas de Derecho Internacional Privado. También será aplicable la Convención cuando las normas de Derecho Internacional Privado aplicables prevean la aplicación de la ley de un estado contratante (si bien esta posibilidad ha sido excluida por algunos estados signatarios o adherentes a la convención mediante declaración).

En lo que interesa a nuestro trabajo, cabe plantearse si esta norma internacional resulta aplicable a la contratación electrónica. Partiendo de que, además de otras exclusiones como las ventas judiciales o por subasta, quedan expresamente excluidas de su campo de aplicación las compraventas de productos para uso personal o familiar (artículo 2), queda asimismo fuera de ámbito de aplicación el comercio electrónico B2C. También quedan excluidas, de acuerdo con

Desarrolla su actuación en tres niveles: la propia CNUDMI, que se reúne una vez al año, los grupos de trabajo internacionales que desarrollan los trabajos preparatorios y la Secretaría que presta sus servicios a ambos, y actualmente se ubica en la sede de las NN.UU. en Viena. Para más información *vid. CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, NN.UU. Viena 2013.

[88] Texto actual disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024. España se adhirió a dicha Convención por Instrumento de 17 de julio de 1990 (BOE nº. 26, de 30 de enero de 1991)

[89] https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

su artículo 3, las compraventas de servicios, ya que el ámbito de aplicación objetivo se circunscribe a productos, bienes y mercaderías. Cabría considerar si, en el concepto de mercadería, pueden entenderse incluidos los bienes inmateriales objeto de los contratos de suministro de contenidos y bienes digitales (libros electrónicos, contenido audiovisual o musical, etc.), que puedan ser transmitidos y entregados en soporte material, lo que responden positivamente algunos autores (Gómez Valenzuela 2022:37). Por otro lado, la Convención no incluye en su objeto aspectos como la validez del contrato, los efectos que el mismo pueda tener sobre la propiedad de las mercancías vendidas, o la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas por las mercaderías.

En relación con la aplicación de la Convención de Viena a los contratos celebrados por medios electrónicos, la primera consulta sobre la cuestión formulada al Consejo Consultivo de la Convención[90] lo fue por parte de la Cámara de Comercio Internacional, planteando la cuestión de las comunicaciones electrónicas en el marco de la Convención[91] (y con ello, la cuestión de la contratación por medios electrónicos). El resultado que alcanzó dicho Consejo consultivo es que la Convención puede ser aplicada a los contratos electrónicos (*A contract may be concluded or evidenced by electronic communications*). Se analizaron las disposiciones dela Convención que tenían o podían tener incidencia en las comunicaciones electrónicas, entendiendo el CISG-AG que las mimas podrían compatibilizarse con los medios electrónicos, proponiendo cómo puede ajustarse el texto de determinados artículos (el 11, 13, 15, 16 apartado 1, 17, 18 apartado 2, 19 apartado 2, 20, apartado 1, 21, 22, 24, 26, 27, 32, 39, 43, 47, 63, 65 y 67,), y ajustarse los términos relevantes empleados en la Convención.

[90] Iniciativa privada fundada en 2001 por el profesor Albert H.Kritzer del *Institute of International Commercial Law* de la Universidad de Pace (Garro Perales. 2008), para alcanzar una uniforme interpretación de la Convención, bajo la denominación de Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, «CISG-AC» o «Consejo», acrónimo de *Convention on International Sale of Goods-Advisory* Council (http://www.cisgac.com, verificado el 20 de octubre de 2024). Su misión es emitir opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, ya sea a petición de parte interesadas o a su propia iniciativa. Diversas organizaciones internacionales han hecho uso de esta posibilidad.

[91] CISG-AC Opinion No 1, Electronic Communications under CISG, 15 August 2003. Rapporteur: Professor Christina Ramberg, Gothenburg, Sweden. Adopted by the CISG-AC with no dissent. Disponible en https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no-1/ . Verificada el 30 de septiembre de 2024.

Debe señalarse que esta opinión ha sido revisada en octubre de 2024[92], extendiendo el número de disposiciones de la convención analizada, y emitiendo unos pronunciamientos aún más concluyentes en favor de la plena inclusión de las comunicaciones electrónicas en el ámbito de la convención y sobre la validez de los contratos celebrados por medios electrónicos[93].

Sin embargo, resultaba bastante claro que la Convención de Viena había sido concebida para una realidad comercial previa a la revolución tecnológica que ha supuesto Internet[94], lo que debe llevarnos a considerar otras propuestas y normas elaborados internacionalmente para abordar la nueva situación.

4.- Las leyes modelo adoptadas por la CNUDMI de NN.UU.

A partir de un estudio inicial en 1990 sobre las cuestiones jurídicas suscitadas por la información sobre los contratos que se transmitían por medios electrónicos, y tras poner inicialmente su atención en el EDI, fue a partir de 1992 cuando la CNUDMI centró sus trabajos en la elaboración de una propuesta de régimen uniforme sobre el Intercambio Electrónico de Datos, que condujo, con el tiempo, a la adopción por la Asamblea General de las NN.UU. en 1996 de una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (LMCE)[95]. Fue esta vía de las propuestas de norma "modelo", de adopción puramente voluntaria, la elegida frente al tradicional convenio internacional de carácter jurídicamente vinculante para los estados adherentes. Debe significarse que la LMCE se estructura en dos partes, una primera

[92] CISG-AC Opinion No. 1 (Revised), Electronic Communications under CISG, (14th October 2024). Rapporteur: Professor Christina Ramberg, Gothenburg, Sweden. Adopted unanimously by the CISG Advisory Council during its 53th meeting, in Pavia (Italy), 14-17 October 2024. La cooncl

[93] El apartado primero de la opinión afirma: "Nothing in the CISG prevents a contract from being concluded, modified or terminated by electronic means of communication. A contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it was formed by electronic means of communication. Nothing in the CISG prevents a contract or communication from being evidenced by electronic means".

[94] Por ejemplo, el CISG-AG en esta primera opinión, proponía entender que el artículo 13 de la Convención de Viena (*For the purpose of this Convention 'writing' includes telegram and telex*) también debía entenderse que incluia cualcier medio de comunicación electrónica que pudiese ser recogido en forma tangible (*The term "writing" in CISG also includes any electronic communication retrievable in perceivable form*).

[95] Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidad el 16 de diciembre de 1996, mediante su Resolución 51/62. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

sobre comercio electrónico en general, y la segunda sobre comercio electrónico en el comercio de mercancías. La LMCE fue modificada en 1998 cuando la CNUDMI acordó incluir un artículo 5 bis, y parcialmente por la CCECI, y su parte segunda por la adopción de las llamadas "Reglas de Rotterdam" (Convenio de las NN. UU sobre el Contrato Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo).

A partir de la LMCE han sido varios los instrumentos elaborados por la CNUDMI y aprobados por la Asamblea General de NN.UU. a fin de proponer una regulación internacional del comercio electrónico. Y decimos proponer por cuanto, en una mayoría de casos, al igual que en el citado caso de la LMCE, se ha optado por la forma de las leyes modelo, propuestas normativas no vinculantes jurídicamente, con la significativa excepción de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CCECI) [96].

La CCECI, de la que en el momento de cerrar estas páginas eran parte 18 estados (ninguno de ellos miembro de la UE, siendo Rusia el único firmante del continente europeo)[97], es de aplicación a contratos electrónicos entre partes situadas en estados distintos, no requiriéndose que ambos sean parte de la Convención, o por elección expresa de las partes (artículo 1 y texto explicativo).

Junto a los textos citados, deben mencionarse igualmente la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (LMFE) [98], que se centra en aspectos relativos a las firmas digitales y a los proveedores de servicio, y la Ley Modelo sobre los Documentos Transmisibles Electrónicos (LMDTE)[99], que aborda principalmente este tipo de documentos con la finalidad de promover las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional.

---

[96] Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de noviembre de 2005, mediante su Resolución 60/21. Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. ENN.UU. Nueva York, 2007. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/06-57455_ebook.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[97] https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[98] Adoptada por la Asamblea General de NN.UU. el 12 de diciembre de 2001, mediante Resolución 56/60. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001.* NN.UU. Nueva York 2002. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[99] Adoptado por la Asamblea General de NN.UU. el 7 de diciembre de 2017, mediante Resolución 72/114. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos. Edita NN.UU. Viena, 2017. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Finalmente, mencionar las más recientes "Notas sobre las principales cuestiones relacionadas con los contratos de computación en la nube"[100] elaboradas por la Secretaría de la CNUDMI en 2019, que ofrecen indicaciones en relación con los contratos de *cloud computing* o informática en la nube (servicios de almacenamiento o proceso de datos proporcionados al cliente usuario por servidores remotos, en cuya gestión no participa).

Estos son los principales instrumentos jurídicos (fundamentalmente *soft law*) adoptados por la CNUDMI sobre comercio electrónico.

Una primera reflexión vendría a subrayar la prontitud con la que la CNUDMI abordó esta materia, con propuestas tangibles. Otras sería el que la opción elegida para casi todas las propuestas, la de leyes modelo[101], ofrece una flexibilidad y adaptabilidad que ha propiciado una reseñable influencia en la regulación adoptada en algunas regiones del Mundo, siendo especialmente significativa en Iberoamérica, pero muy escasa en otras, como señala De Miguel Asensio (2022:1240) en referencia a la Unión Europea. En el momento de cerrar estas páginas se ha dictado legislación basada o inspirada en la LMCE en 83 estados, que incluyen Australia, Canadá, China, Singapur, Sudáfrica y numerosos estados de los EE.UU.[102].. Pese al tiempo transcurrido, sus principios generales (fundamentalmente no discriminación, neutralidad tecnológica y equivalencia funcional) siguen estando vigentes y, en algún caso –equivalencia- se han ido alcanzando gradualmente (Garín Alemany. 2021:490).

---

[100] Aprobadas en el 51º periodo de sesiones de la CNUDMI. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-09106_es.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[101] En relación con el funcionamiento y eficacia de estas leyes modelo, Martínez Nadal y Ferrer-Gomila precisan: "Is in the form of a legislative text that is recommended to States for incorporation into their national law. Unlike an international convention, model legislation does not require the State enacting it to notify the United Nations or other States that may have also enacted it. However, States are strongly encouraged to inform the UNCITRAL Secretariat of any enactment of the new Model Law (or any other model law resulting from the work of UNCITRAL). In incorporating the text of the model legislation into its legal system, a State may modify or leave out some of its provisions. In the case of a convention, the possibility of changes being made to the uniform text by the States parties is much more restricted. Model legislation is then more flexible but this flexibility, however, also means that the degree of, and certainty about, harmonisation achieved through model legislation is likely to be lower than in the case of a convention." (Martínez-Nadal, Ferrer-Gomila. 2002:233).

[102] Para consultar la lista actualizada de estados: *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)- Situación actual*. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status . Verificada el 30 de septiembre de 2024.

Señala Paz-Ares (2000:89) que el objetivo perseguido por la LMCE es doble, por un lado, facilitar el empleo del comercio electrónico, aplicando el principio de equivalencia funcional e igualdad de trato a usuarios de mensajes electrónicos respecto de los que utilicen contratos consignados en papel. Este primer objetivo se justifica por el creciente número de transacciones de comercio electrónico, que hace patente la necesidad de disponer de un régimen uniforme de derecho aplicable. El segundo objetivo de la LMCE habría sido remover los obstáculos que para el desarrollo del comercio electrónico suponían las tradicionales exigencias de la documentación en soporte papel.

Como refiere Madrid Parra (2019:44), la LMCE no aborda el Derecho sustantivo aplicable a los contratos, limitándose a fijar unas reglas o principios sobre la información a recoger en soportes diferentes al papel y a reconocer la eficacia jurídica de la "información electrificada"; tampoco afecta la LMCE a la protección de consumidores, aunque los mismos no quedan excluidos en cuanto participen en una relación jurídica "electronificada" con un empresario. La LMCE opta "por la formulación de principios generales plasmados en reglas redactadas de forma amplia y flexible, de manera que se pudiesen aplicar a distintos ordenamientos jurídicos" (Paz-Ares. 2000:89).

Este esquema explica la adaptabilidad del sistema de ley modelo empleado a los distintos sistemas jurídicos y jurisdicciones en que ha sido seguido, si bien no dejaron en su momento de señalarse también los inconvenientes que ello comportaba por cuanto permitía a los estados adoptar legislación en la que quedasen excluidas tecnologías equivalentes[103].

Los dos principios esenciales que guían la LMCE, y que tuvieron el mérito de establecerse en un momento en que no habían sido enunciados de una manera tan clara como hoy en día lo están, son los de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica[104].

[103] "Recognizing the split in legislative attitudes toward these questions, UNCITRAL created the Model Law on a technology-neutral and functional equivalency basis, but left it broad enough to be adapted to specific rules by individual states. Unfortunately, this creates an atmosphere of uncertainty because there is nothing to prevent states from adopting rules which exclude equivalent methods or even identical methods if foreign". (Turlow. 2001).

[104] "El principio de neutralidad tecnológica implica que todas las normas contenidas en los instrumentos de derecho uniforme que regulan la contratación por medios electrónicos son reglas *neutrales* que no

Estos principios implican dar un tratamiento igual a toda información con independencia del soporte en que haya sido transmitida, si bien estableciendo determinados requisitos de general exigencia[105]. Se encuentra reflejado en el artículo 5 de la LMCE, que establece que "[n]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos" [106].

Por su parte, el principio de neutralidad tecnológica se contiene en el artículo 7 de la LMCE, si bien este principio aparece más claramente consignado en el artículo 2 a) de la LMFE, que dispone que se entenderá por firma electrónica "los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos".

Madrid Parra (2019:45) señala que la LMCE adopta un principio de neutralidad, tanto en cuanto al tipo de tecnología como de proceso técnico. Así, su artículo 2 a) contiene una formulación absolutamente abierta en cuanto a la definición de mensaje de datos, permitiendo con ello que puedan considerarse incluidos "tanto los medios tecnológicos conocidos en el momento de elaborarse la norma como otros que sucesivamente se vayan descubriendo e implementando", citándose una serie de medios técnicos conocidos en el momento presente, constituyendo un listado más ejemplificativo que exhaustivo.

---

dependen de –ni suponen- la utilización de una determinada tecnología, por lo que se consideran *normas abiertas* que pueden aplicarse a la comunicación, archivo o firma de cualquier tipo de información electrónica" (Robles Farias. 2021:243).

[105] "Con el principio de equivalencia funcional se pretende conferir igual relevancia, tutela y consecuencias jurídicas a toda información con independencia del soporte en el que la misma conste, sea en un papel o en otro tipo de soporte proporcionado por las nuevas tecnologías. Lo que se hace es examinar la función que cumplen determinados requisitos legales, que vienen referidos a información que consta en documentos de papel, para asignar iguales efectos jurídicos si la misma función se alcanza por otra vía utilizando soportes electrónicos o similares. No se dice que el instrumento electrónico sea equivalente al instrumento en papel, sino que la función es equivalente y, por ende, se le confiere la misma eficacia y tutelas jurídicas" (Madrid Parra. 2019:45)

[106] Este artículo 5 de la LMCE fue completado por un nuevo artículo 5 bis adoptado en junio de 1998 por la Asamblea General de las NN.UU. en su 31º periodo de sesiones, con el siguiente tenor: *No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.*

Mención particular merece la Convención de 2005 sobre utilización de las Comunicaciones Electrónicas ya citada (CCECI)[107]. En el momento en que se redactan estas líneas, son 14 los estados parte de la Convención, entre los que destaca Rusia como más significado junto con Singapur (estados ambos que realizaron declaraciones limitativas en el momento de su firma o aceptación)[108]. En cuanto a su ámbito de aplicación, comprende el "empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados", entendiendo por "comunicación electrónica" toda exposición, declaración, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que se efectúe por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares con motivo de la formación y cumplimiento de un contrato. El término "contrato" se utiliza en sentido amplio e incluye, por ejemplo, los acuerdos de arbitraje y otros acuerdos jurídicamente vinculantes independientemente de que habitualmente se denominen. o no "contratos"[109].

Respecto de la misma, Madrid Parra (2019:51) señala que "en la elaboración de la Convención se tuvo claro desde el primer momento que se debía evitar la inclusión de toda norma que pudiera afectar al derecho sustantivo en materia de contratos. No se pretendía crear un derecho contractual uniforme, sino remover los obstáculos que dificultaran el empleo de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional. La pretensión, en general, de las normas de la Convención es la de fijar las reglas aplicables a las comunicaciones realizadas por medios electrónicos en relación con los contratos que tienen lugar en el contexto del desarrollo del comercio internacional. Cuáles sean las consecuencias o efectos jurídicos en cada caso es algo que queda a resultas del concreto régimen jurídico sustantivo aplicable".

Por su parte, Robles Farias (2021:237) que, a fin de preservar la uniforme interpretación de estas las leyes modelo, se ha tratado de establecer como principio interpretativo por la CNUDMI, en su objetivo de uniformizar el derecho comercial

[107] Para una exposición pormenorizada de la Convención, *vid.* De Miguel Asensio (2015:869).

[108] https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status . Verificado el 20 de octubre de 2024.

[109] Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Edita NN.UU. Nueva York, 2007. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/06-57455_ebook.pdf . Verificado el 20 de octubre de 2024.

internacional, el insistir en su carácter de instrumento internacional, a fin de evitar su "reinterpretación" a través de las nociones propias del derecho nacional del Estado que las adopte. Por ello, se propugna que aquellas cuestiones que, sobre las materias objeto de tales normas, no esté expresamente reguladas, se resuelvan conforme a los principios generales que inspiran aquellos instrumentos, o de conformidad con las normas de Derecho Internacional público.

Tras reseñar los positivos aspectos de estos modelos regulatorios, ha de señalarse también el limitado alcance sustantivo propio del modelo y propósito empleado por la CNUDMI, como advierte De Miguel Asensio (2022:1241) al señalar que la pretensión de universalidad característica de la CNUDMI, por su diversidad regional y la heterogeneidad de sistemas jurídicos, conduce a adoptar textos jurídicos limitados, incompletos y poco precisos –como ocurren en particular con la LMCE- como compromiso para alcanzar un acuerdo aceptable para todas las partes. Ello condiciona el valor como referencia que tales leyes modelo presentan para los legisladores nacionales, dado que no resultan apropiados para una transposición literal y requieren adaptarlos a cada ordenamiento nacional.[110.] Según lo que se ha expuesto, el comentario citado sería en buena medida también aplicable a la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

5.- Avances en el ámbito de la OMC

Otro ámbito de regulación multilateral que debe mencionarse es el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en cuyo seno se han celebrado una serie de acuerdos multilaterales sobre distintos aspectos o modalidades comerciales[111]. Destacan en particular el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por su sigla en inglés) de 1994 y su Protocolo anexo de la Ronda Uruguay (que recoge los acuerdos alcanzados por los participantes sobre supresión o reducción de tipos arancelarios y otras medidas no arancelarias), el Acuerdo

[110] De Miguel Asensio (2015:869).

[111] Información sobre el GATT y los acuerdos incluidos en el Acta final de la Ronda Uruguay está disponible en la web de la OMC, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#Introduction . Verificada el 30 de septiembre de 2024.

General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y más recientemente, el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, en vigor desde 2017. Citar igualmente el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI), concluido en 1996, por el que 82 miembros de la OMC se han comprometido a no aplicar aranceles aduaneros a los productos del sector de las TIC. Señala Herreros que "[l]os acuerdos de la OMC son considerados "tecnológicamente neutrales", es decir, sus disposiciones se aplican independientemente del medio a través del cual se comercian los bienes o servicios" (Herreros. 2019:19).

La OMC, sin duda consciente de la importancia de la regulación del comercio electrónico y el impacto en su ámbito propio de trabajo, adopto el 20 de mayo de 1998 una "Declaración sobre el comercio electrónico mundial"[112] en la segunda Conferencia Ministerial celebrada por la organización, a raíz de la que adoptó un programa de trabajo en septiembre de ese mismo año.

Si bien desde entonces se han celebrado debates monográficos en el seno de la organización sobre muy diversos aspectos de esta materia en el ámbito comercial internacional[113], lo cierto es que no se han materializado en avances sustanciales dignos de mención. Ni la negociación de nuevos acuerdos, ni la modificación de los existentes, que presentan a día de hoy una muy acusada necesidad de ser adaptados a las innovaciones producidas en este campo, especialmente propicio para ser abordado por esta organización[114].

---

[112] https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min98_s/ecom_s.htm . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[113] Así en el año 2013 el Consejo del Comercio de Servicios examinó diversas comunicaciones, como la presentada por los EE. UU. sobre la necesidad de asegurar que las normas comerciales recogiesen los avances en las plataformas y aplicaciones informáticas (S/C/W/339), o la presentada por Suiza sobre el comercio electrónico y las PYMES (S/C/W/345), en 2012 se examinó una comunicación sobre "La protección de la información personal y el desarrollo del comercio electrónico" (JOB/SERV/140). También el Comité de Comercio y Desarrollo de la organización ha abordado diversas iniciativas sobre comercio electrónico, por ejemplo en el año 2013 sobre su influencia en el desarrollo de PYMEs, y el Consejo de Comercio de Mercancías, que entre otras cuestiones en 2012 abordó la moratoria y la importancia de mantener el suministro electrónico de productos digitales libre de derechos de aduana, la relación entre el comercio electrónico y el desarrollo y la plena participación de los países en desarrollo y los PMA en el comercio electrónico como medio de luchar contra la pobreza. *Vid.* Informe para la reunión del Consejo General de 21 de noviembre de 2013, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/GC/W676.pdf&Open=True .Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[114] "Sin perjuicio de su neutralidad tecnológica, lo medular del texto del GATT data de 1947, mientras que el AGCS y el ADPIC fueron negociados durante la Ronda Uruguay (1986-1994), en los inicios del uso

Mediante la decisión de 10 de diciembre de 2019 del Consejo General, se decidió por los estados parte revitalizar el programa de trabajo adoptado en 1998, si bien se recogió el acuerdo de los miembros de mantener la moratoria para no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas[115]. En 2021 varios miembros de la OMC presentaron un proyecto de texto, con vistas a su adopción por el 12º Consejo de Ministros, a fin de prorrogar la moratoria mencionada y mantener vivo el programa de trabajo sobre comercio electrónico, que suscitó dudas entre otros miembros en relación con la definición de "transmisiones electrónicas". Presentada otra propuesta, finalmente en la 12ª Conferencia Ministerial (celebrada del 12 al 17 de junio de 2022 en la sede de la Organización en Ginebra) se adoptó la Decisión (WT/MIN(22)/32) relativa a la moratoria y el Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, acordándose mantener la práctica de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas e intensificar los debates sobre comercio electrónico en el seno de la Organización[116].

Igualmente son reseñables las negociaciones que están teniendo lugar en el marco de la *Joint Statemen Iniciative on e-Commerce.* Conocida por sus siglas JSI, se remonta a 2017, cuando con ocasión de la undécima Conferencia ministerial de la Organización, 71 estados parte acordaron iniciar negociaciones exploratorias sobre determinados aspectos del comercio electrónico, con vistas a una futura negociación en el seno de la OMC sobre la materia. En enero de 2019, 76 estados parte comenzaron dichas negociaciones, que se acordaron abiertas a la participación del

comercial del Internet. De ello es posible concluir que los actuales acuerdos de la OMC no logran capturar las especificidades de los nuevos modelos disruptivos de negocio que han surgido con las grandes plataformas digitales y otras innovaciones como la inteligencia artificial, la manufactura aditiva y el Internet de las cosas. En particular, los compromisos en servicios asumidos por los países en el marco del AGCS se basan en una taxonomía de "modos de suministro" que se ha vuelto crecientemente obsoleta como consecuencia de la revolución digital" (HERREROS. 2019:21). Asimismo resulta interesante esta descripción de los retos que ya en el año 2000 se identificaban para la OMC: "The main issues confronting the WTO are defining the types of ecommerce and Internet transactions that fall within its different trade agreements; choosing which agreements are applicable and determining what modifications or changes must be implemented. The key question facing the WTO is this: Should a specific trade agreement related to e-commerce be completed or should the existing ones be made to work? (The latter sentiment, favored by the United States, is known as "technology neutrality.") Many states support the use of the WTO to deal with trade issues generally because of its binding dispute resolution system". (MALAWER. 2001:4)

[115] https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=259703,259704,259705,259706,259710,259651,259652,259663,259304,259264&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[116] https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc12_s/briefing_notes_s/bfecom_s.htm . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

mayor número de estados posible. Aunque no se han traducido en ningún acuerdo concreto de la Organización, en junio de 2024 -participando ya 91 estados parte de la OMC que representan el 90 del comercio mundial- , se circuló una propuesta de lo que sería un acuerdo de texto[117]. En él se recogen, en su sección D, una serie de interesantes disposiciones que incluyen protección de datos (artículo 16), protección de consumidores (artículo 14), o un artículo 6 que aseguraría el reconocimiento del pleno valor a los contratos electrónicos por todas las partes signatarias. Son, sin embargo, disposiciones de carácter muy general, como corresponde a un ámbito negociador tan amplio, con estándares tan diversos en la materia, pero cuya culminación supondría sin duda un hito importante en la regulación internacional del comercio por medios electrónicos.

6.- Desarrollos normativos de carácter internacional en otros ámbitos regionales

Otras disposiciones sobre comercio electrónico han ido incluyéndose en acuerdos internacionales de ámbito regional, como el *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP)[118], acuerdo de libre comercio firmado en 2016 entre 11 países del espacio Asia-Pacífico (Canadá, Australia, Brunei, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam), y que entró en vigor el 30 de diciembre de 2018, si bien aún se encuentra en trámite de ratificación por alguno de los firmantes. Su capítulo 14 se dedica al comercio electrónico, e incluye la regulación del suministro de servicios "entregados o prestados electrónicamente", que sujeta a las normas generales del acuerdo relativas a inversiones, intercambios comerciales transfronterizos o servicios financieros, e incluye el principio de no imposición de derechos de aduana a las transmisiones electrónicas, aun incluyendo contenido, entre particulares de los estados firmantes (artículo 14. 3). Recoge expresamente el principio de no discriminación en el tratamiento de productos digitales (artículo 14. 4), y asume la

[117] INF/ECOM/87. https://www.meti.go.jp/press/2024/07/20240726002/20240726002-1.pdf. Verificado el 20 de noviembre de 2024.
[118] Texto disponible en https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/14.aspx?lang=eng . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

recepción por los estados parte de los restantes principios recogidos en la LMCE. Debe significarse que se recoge un artículo específico, el 14. 6, para reconocer el derecho de acceso y uso de Internet por los particulares para los fines de comercio electrónico (si bien en forma de recomendación sobre la conveniencia para los consumidores de los estados firmantes).

Sobre el área de Iberoamérica, en 2017 se señalaba desde el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, INTAL (organismo dependiente del Banco Interamericano de Desarrollo) el bajo desarrollo del comercio electrónico en la región, que en 2015 apenas alcanzó un 0.9% del producto regional[119]. Cifras reducidas que apuntan, según esa organización, a la existencia de una "brecha" en la región respecto de otras partes del mundo, afirmando que "los latinoamericanos navegan la red pero compran y venden poco por ella". Se imputa la misma a una pluralidad de factores: bajo nivel de ingreso por habitante en la región, menor desarrollo de estas tecnologías de su impulso innovador, débil sector del transporte y la logística, y otros factores más estrictamente comerciales (menor desarrollo del sector bancario, y escasa confianza en los instrumentos electrónicos para realizar compras y pagos). No obstante, algunos pasos se han dado desde entonces en este ámbito regional para abordar la situación.

Debe también hacerse mención, dentro de las disposiciones regionales sectoriales regulatorias del comercio electrónico, al Acuerdo de reconocimiento mutuo de certificados de firma digital en MERCOSUR, firmado el 5 de diciembre de 2019 entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Su objeto es el reconocimiento entre los firmantes de los certificados de firma digital emitidos por prestadores de servicios acreditados o certificadores licenciados en cualquiera de los estados firmantes, a fin de otorgar a la firma digital "el mismo valor jurídico y probatorio que el otorgado a las firmas manuscritas, de conformidad con el respectivo ordenamiento jurídico interno de cada Parte" [120].

---

[119] Michalczewsky, K., Ramos, A. (2017, 8 de marzo). *E-regulación en América latina.* INTAL. https://conexionintal.iadb.org/2017/03/08/comercio-electronico-en-america-latina-la-brecha-normativa-2/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[120] Artículo 1, apartado 1 del Acuerdo, que puede consultarse en https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Con posterioridad, el 29 de abril de 2021 en Montevideo, los representantes permanentes de los estados parte de Mercosur firmaron el "Acuerdo sobre Comercio Electrónico del MERCOSUR"[121], adoptando con ello un marco jurídico que pretende facilitar y potenciar el desarrollo del comercio electrónico en la región. En él se definen los términos de comercio electrónico, comunicaciones comerciales no solicitadas, firma electrónica o datos personales (artículo 1), se recoge el compromiso de no imponer derechos aduaneros a las transmisiones electrónicas entre contratantes de distintos estados parte (artículo 3), y se afirman principios -muy generales- de protección de consumidores y de los datos personales de los usuarios del comercio electrónico.

Por su parte, los estados miembros de la Comunidad Andina, siguiendo la Declaración de Lima de mayo de 2019 y la Declaración del Consejo Presidencial Andino de mayo de 2021, han impulsado una Agenda Digital para dicha Comunidad (de la que son estados parte Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú[122]), hoja de ruta con la que dichos estados pretenden acelerar su transformación digital, estimulando el desarrollo del comercio electrónico (el apdo. 4. 1 de dicha Agenda prescribe como objetivo "estimular el uso de canales digitales para la promoción y venta de productos de las empresas", y el apdo. 4. 2, propugna el desarrollo de un Mercado de datos, promoviendo "la innovación basada en datos")[123]. Parecen indicar estos acuerdos o propuestas una intención por impulsar el desarrollo tecnológico y el comercio electrónico en la región, claramente distanciada de otros, en esta materia del ámbito norteamericano, asiático o europeo. Sin embargo, no parece que estas propuestas aborden directamente las causas de la antes citada "brecha digital" que mencionaba el INTAL.

Pasando al marco regional africano, cabe citar el Acuerdo de Libre Comercio del África Continental, firmado en Kigali el 21 de marzo de 2018 por 44 de los 55

[121] Disponible en https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/82753_DEC_015-2020_ES_Acuerdo%20Comercio%20Electronico.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[122] https://www.cancilleria.gov.co/international/regional/can#:~:text=%C2%BFQui%C3%A9nes%20hacen%20parte%3F,%2C%20Chile%2C%20Paraguay%20y%20Uruguay. Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[123] file:///D:/2023%20TESIS/MUNDO/AGENDA-DIGITAL-ANDINA-HOJA-DE-RUTA.pdf . Verificada el 30 de septiembre de 2024.

estados parte de la Unión Africana[124]. Establece el reconocimiento del certificado electrónico o de la firma electrónica de conformidad con la legislación nacional de cada estado parte, en diversos procedimientos aduaneros contemplados en el acuerdo[125].

La "Agenda 2063" de la Unión Africana[126] destaca la necesidad de reforzar la presencia del continente en la economía digital global, remarcando el potencial que, como mercado digital presenta el Área Continental Africana de Libre Comercio (AfCFTA)[127], en la que se preconiza el desarrollo de un mercado digital fuerte, que presente un avanzado nivel de protección del consumidor, centrado en el comercio digital y los servicios financieros[128], realidad que hoy no existe en la mayor parte del continente, pese a la existencia de determinados elementos que podrían favorecer el comercio electrónico, como una alta penetración del teléfono móvil entre la población[129].

Se ha señalado sin embargo la infrarrepresentación que presenta el continente en las negociaciones que se desarrollan en la OMC en el marco de la iniciativa JSI (en las que únicamente participan seis estados africanos -Nigeria,

[124] https://www.tralac.org/resources/by-region/cfta.html#legal-texts . Consultado el 12 de agosto de 2020, a las 11.30h. El Acuerdo entró en vigor el 30 de mayo de 2019 entre 24 de los estados firmantes.
[125] Por ejemplo, en el apéndice II al anexo I sobre "Rules of origin".
[126] "Agenda 2063: the Africa we want". https://au.int/en/agenda2063/overview . Verificado el 20 de noviembre de 2024.
[127] "The AfCFTA will be a market of 1.2 billion consumers, which will reach 1.7 billion by 2030 with a combined GDP of 2.5 trillion US dollars, but equivalent to 6.4 trillion US dollars when measured in purchasing power parity terms. In addition, Africa's current private and business to business consumption is estimated at US$4.0 trillion. Estimates by the UN Economic Commission for Africa show that, just taking account of the goods market alone, the value of intra-African trade will increase by between 15 per cent (or additional US$50 billion) and 25 per cent (or additional US$69.1 billion) relative to the baseline by 2040. Intra-African trade in industrial products will see gains of between 25 per cent (or US$36.1 billion) and 30 per cent (equivalent to US$43.3 billion) above the baseline by 2040". "The Digital Transformation Strategy for Africa (2020-2030)". Documento de la Comisión de la Unión Africana de 18 de mayo de 2020, en colaboración con la Comisión Económica de NN.UU. para África y otras organizaciones. Pág. 24. Disponible en https://au.int/sites/default/files/documents/38507-doc-dts-english.pdf . Verificado el 20 de noviembre de 2024.
[128] Ibidem, pág. 24.
[129] "Telecommunications and the mobile industry have experienced significant development in Africa in recent years (Ninot and Peyroux, 2018). In 2017, the number of mobile users was 100 times greater than the number of landline users (World Bank, 2019). Africa is experiencing exceptional growth in mobile connections, and now has the second-largest number among global regions (GSMA, 2011; GSMA, 2018). From 2013 to 2015, the mobile phone coverage rate in Africa rose from 63 per cent to 84 per cent, and the number of subscribers from 800 million to 906 million; it is anticipated that the number of subscribers will hit 500 million in 2020 (AfDB, 2012; AFD, 2017; Berger, 2017; ECA, 2014)". (Igue, Alinsato, Agadjihouédé. 2021:119)

Kenia, Burkina Faso, Camerún, Benín y Costa de Marfil- de los 86 estados miembros de dicha organización)[130]. Como normativa regional destacada, cabe citar la *Electronic Communications and Transactions Act* 25 (ECTA)[131] adoptada por Sudáfrica en 2002, que regula aspectos como la validez de la firma electrónica y el principio de equivalencia para los contratos celebrados electrónicamente, estableciendo normas sobre protección de consumidores en su capítulo VII (que establece normas para los contratos electrónicos que, teniendo un carácter bastante general, puede considerarse incluyen los contratos de suministro digital, estableciendo plazos para la ejecución del contrato, disposiciones sobre no conformidad, o un plazo de siete días en que el consumidor puede resolver el contrato sin coste –art. 44-).

De igual forma, el Código Aduanero Unificado Centroamericano (CAUCA)[132] también establece el reconocimiento entre las partes de los documentos electrónicos y de la firma electrónica o digital, con el mismo valor que la manuscrita, en las formalidades aduaneras que se realicen entre los estados parte[133].

No existen otros ejemplos reseñables de regulación internacional de la materia, si bien pueden citarse algunas iniciativas dignas de mención que, de uno u otro modo, afectan a la regulación del comercio electrónico en el mundo. Por ejemplo, en lo relativo a la extensión de los pagos electrónicos, el Banco Mundial viene desarrollando un programa denominado *Financial Inclusion Global Iniciative*[134], dirigido a extender el conocimiento, herramientas técnicas y recomendaciones relativas los pagos electrónicos, con la finalidad de impulsar reformas legislativas nacionales, fundamentalmente dirigidas a países emergentes, a fin de que puedan aprovechar el impulso de las nuevas tecnologías. El objetivo es

[130] Tigere Pittet (2023:3).
[131] *Electronic Communications and Transactions Act*, 25/2002 (Gazette 23809 de 30 de agosto de 2002). https://www.gov.za/documents/electronic-communications-and-transactions-act . Verificado el 20 de noviembre de 2024.
[132] Acuerdo multilateral firmado entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua el 7 de enero de 1993, por el que se derogó el Protocolo anteriormente vigente de 13 de diciembre de 1963. Puede consultarse en: http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG10793b.asp#CAPITULO%20VIII . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[133] Artículos 32 y 33 del CAUCA.
[134] https://www.worldbank.org/en/topic/financialinclusion/brief/figi#:~:text=The%20Financial%20Inclusion%20Global%20Initiative,to%20support%20and%20accelerate%20the

impulsar prácticas dirigidas a la extensión y aceptación de pagos electrónicos, con atención particular en las transacciones entre particulares y profesionales (C2B), como vía además de impulsar el comercio electrónico. Su objetivo es promover el acceso universal por a cuentas que permitan transacciones comerciales o la recepción de fondos por medios electrónicos, difundiendo así medios de pago distintos al efectivo, así como la aceptación de pagos electrónicos por comerciantes (*electronic payments acceptance*, EPA). Centrado inicialmente en tres países -México, Egipto y China, el programa[135] persigue en última instancia el "acceso financiero universal", si bien no ha determinado la adopción de disposiciones o modelos normativos generales.

7.- Recapitulación

Tras este repaso, necesariamente breve, de los pasos que en cuanto a desarrollos normativos se han dado a nivel internacional por organizaciones de carácter global (NN.UU.) o regional, para la regulación del comercio por medios electrónicos de y los contratos que lo integran, puede concluirse que no se ha conseguido adoptar disposiciones que vayan más allá de algunas propuestas de normas sin fuerza vinculante, o bien limitadas a aspectos muy generales (principios para la aceptación y equivalencia de las nuevas vías de contratación digital) o en ámbitos sectoriales más bien concretos (firma electrónica, medios de pagos).

Como se ha señalado ya, la existencia de intereses contrapuestos y los distintos enfoques que mantienen los estados que lideran tecnológica y empresarialmente la materia pueden ofrecer una explicación a la falta de acuerdos que haya permitido avanzar de manera más decidida, y sobre todo más concreta, en la regulación del fenómeno de la contratación por medios digitales en el ámbito internacional.

[135] Para un mejor conocimiento de esta iniciativa, *vid. Electronic Payments Acceptance Incentives. Literature Review and Country Examples.* Editado por: Banco Mundial. Abril 2020. http://documents1.worldbank.org/curated/en/793041588860799013/pdf/Electronic-Payments-Acceptance-Incentives-Literature-Review-and-Country-Examples.pdf Consultado el 12 de agosto de 2020 a las 10.00h.

Lo que permite constatar esta realidad es la inexistencia de normas internacionales que regulen los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, ejemplo prototípico de lo que hoy constituye la esencia de la contratación por medios electrónicos para el intercambio de bienes inmateriales de naturaleza digital. Y lo que sí es cierto es que hoy constituye una realidad cotidiana en todos los rincones del mundo, al menos si hablamos del acceso, entre otros, a contenidos videográficos y fonográficos ofrecidos -con carácter global- por las grandes plataformas mundiales de contenidos.

Ello resalta el interés de nuestro estudio, al ser la Unión Europea el ámbito regional de carácter supraestatal donde por primera vez se ha abordado la regulación de dichos contratos, que constituye el punto de partida y objeto esencial de este trabajo.

III.- PERSPECTIVA COMPARADA: MÁS ALLÁ DE LA UNIÓN EUROPEA

1.- Panorama de la legislación sobre comercio electrónico en los EE.UU.

A) De la UCC a la UCITA

El debate sobre la necesidad de codificación del comercio electrónico ha sido especialmente intenso en los EE.UU., analizándose los pros y contras de una regulación específica para este tipo de contratos, y el nivel territorialmente más adecuado para abordar la reglamentación[136]. El Comercio electrónico es una materia en cuyo marco normativo coexisten además, en EE.UU., normas federales, estatales e incluso tribales[137].

[136] "There is significant uncertainty about how to regulate electronic commerce, about whether there is any market failure that requires regulation, and about whether *government* needs to supply whatever regulation is required" (Ribstein, Larry, Koboyasi. 2002:6).

[137] En EE.UU. existen leyes sobre comercio electrónico aplicables exclusivamente a los indios americanos. Esto obedece a que estas tribus realizan actividades de juego, foros de educación, o préstamos *online,* que se rigen por las leyes tribales que les son de aplicación (Chelsea, Noves, Zhang. 2021:686).

Así, se consideraron a principios del presente siglo XXI los perjuicios que los cambios tecnológicos podrían acarrear, en términos de afectación a la privacidad y utilización de sus datos, para los consumidores, como factores determinantes de la necesidad de una regulación especial para esta actividad del comercio digital.

Para una correcta puesta en perspectiva de la cuestión, debe recordarse la particular estructura del ordenamiento jurídico en este país, fruto de su articulación federal y donde la competencia legislativa se encuentra compartida entre el Poder legislativo nacional y el de los estados federados, sin perjuicio de que sean en estos últimos en los que, al menos para el ámbito iusprivatista, reside la principal competencia normativa. Esto, junto con una tensión entre ambos poderes legislativos, se ha traslucido precisamente en la regulación del comercio electrónico en los últimos años.

Al igual en el Derecho continental, el Derecho de contratos estadounidense se construyó sobre el principio de autonomía de la voluntad. Dicho principio tiene respaldo constitucional[138], dada la importancia atribuida a la libertad contractual, incluso como manifestación del derecho a la libertad de empresa, señala Gudín Rodríguez-Magariños (2017:79)[139]. Así, la *Contract clause* quedó recogida en la Sección 10ª del Art. I de la Constitución de los EE.UU.[140], estableciendo una

[138] "La cláusula del contrato (*contract clause*) es enunciada en la Sección 10ª del Art. I de la Constitución de los Estados Unidos. Esta cláusula impide a los Estados aprobar leyes que menoscaben las obligaciones que se derivan de los contratos. Esta cláusula se convirtió en el siglo XIX en la disposición constitucional de mayor relevancia, habiéndose considerado central para el entendimiento de la historia constitucional americana". (Gudín Rodríguez-Magariños. 2017:79)

[139] "Este principio va más allá del viejo adagio latino de *pacta sunt servanda* o respeto a los pactos alcanzados por las partes sino que se proyecta hacia metas más amplias que podrían ser definidas como todo lo que está permitido si no está prohibido por ley. Se entiende que la libertad de contratación es una parte de la libertad de empresa y ambas forman parte indeleble del espíritu de libertad que preside la Unión.". *Ibidem, pág.* 80.

[140] Artículo 1, Sección 10. Constitución de los Estados Unidos de América (el subrayado es nuestro): "Ningún Estado podrá celebrar Tratado, Alianza o Confederación algunos; otorgar cartas de Marcha y Represalia; emitir moneda, legalizar otro método que no sean monedas de oro y plata como medio de pago de las deudas*;* aprobar decretos de proscripción, leyes ex post facto, o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos**,** ni conceder título nobiliario alguno.
Ningún Estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, imponer aranceles o derechos sobre las importaciones y exportaciones, excepto lo que fuere absolutamente necesario para el cumplimiento de sus leyes de inspección, y el producto neto de todos los derechos y aranceles que establezcan los Estados sobre las importaciones y exportaciones, será para uso del Tesoro de los Estados Unidos; y todas dichas leyes estarán sujetas a la revisión y control del Congreso.
Sin dicho consentimiento del Congreso ningún Estado podrá establecer derechos de tonelaje, mantener tropas o navíos de guerra en tiempo de paz, celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o con una

prohibición a los estados federados de adoptar disposiciones que menoscabasen las obligaciones emanadas de los contratos. Dicha cláusula fue considerada durante el S. XIX la principal disposición de la Carta magna norteamericana, como expresión de la sublimada libertad de empresa y de comercio propia de la época en el mundo occidental[141].

De hecho, esta cláusula constitucional tuvo un exacerbado protagonismo en los inicios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, de la mano del Juez Marshall particularmente, y en muchos casos excediendo el significado y alcance con el que los padres constitucionales la habían incluido en la Convención de Filadelfia de 1787[142].

Pero al igual que en el Derecho continental europeo, de la absoluta sublimación de dicho principio se evolucionó, con especial intensidad tras la Guerra Civil y durante en el último tercio del S. XIX, hacia una contención de los efectos desproporcionados que el *Judicial review* había ido atribuyendo a la *Contract clause.* Ello también a través de un progresivo reconocimiento jurisprudencial de la cláusula de garantías procesales (*due process clause*), disposición ciertamente imprecisa que permitió al Tribunal Supremo norteamericano ir moderando la absoluta afirmación de los derechos adquiridos (*vested rights*), y virando hacia una más asertiva afirmación de los derechos sustantivos (Fernández Segado. 2013:80).

---

potencia extranjera, o entrar en Guerra, a menos de ser invadido o de hallarse en peligro tan inminente que no admita demora."

[141] "La contract clause, aunque pueda resultar sorprendente, se convirtió en el siglo XIX, o por lo menos en una buena parte del mismo, en la disposición constitucional de mayor relevancia, hasta el extremo de que, como escribe Siegel, la comprensión de esta cláusula en el siglo XIX es central para el entendimiento de la historia constitucional americana, y en el marco de la misma, según otros autores, para el propio desarrollo del federalismo. No ha de extrañar que así aconteciere, y en tal sentido se pronuncia gran parte de la doctrina, por cuanto la cláusula en cuestión pronto iba a devenir el arma principal con la que la Marshall Court iba a restringir la frecuente interferencia legislativa estatal sobre los derechos de propiedad". (Fernández Segado. 2013:80).

[142]"En el corto espacio de una década, Marshall, con su conocida habilidad y su incontrastable lógica, había extraído la contract clause de sus oscuros orígenes y hecho de ella una de las normas más vitales de toda la Constitución. En ello se vería ciertamente favorecido por el principio de la santidad de los contratos ("sanctity of contracts") celebrados entre individuos en el ejercicio de los derechos que el common law les reconocía; tal principio, profundamente arraigado en el natural law, conformaría una de las normas centrales del pensamiento liberal a lo largo de todo el siglo XIX. Tras la entrada en vigor de la Constitución, el principio en cuestión quedó asimismo anclado en la contract clause. Para los juristas americanos, ese mismo principio se traducía en que los derechos de un individuo adquiridos de conformidad con la ley vigente al tiempo en que se celebraba un contrato eran "derechos adquiridos" ("vested rights") y permanecían inalterables, salvo que mediara el consentimiento en otro sentido del individuo." (Fernández Segado. 2013:5)

En cuanto a la normativa aplicable hoy existente, y aunque el Derecho de contratos en EE.UU. no se encuentra regulado -como es propio por otro lado del C*ommon Law*- en un código civil o mercantil al uso continental, si se ha producido una progresiva cristalización en un tipo particular de codificación, los *Restatements of the law*, que compilan con carácter informativo para la judicatura los principios de Case Law en determinadas materias.

Estas recopilaciones se realizan por una prestigiosa institución, el *American Law Institute*, que fundada en 1923 se integra por profesionales jurídicos procedentes de la judicatura, la academia y los foros de aplicadores del Derecho. En la actualidad existen cuatro compilaciones o *Restatements*, con sucesivas ediciones que los han ido actualizando, una de las cuales, la segunda publicada en 1981, está dedicada al Derecho de contratos[143].

Sin embargo, el proceso de estandarización en la práctica de los contratos mercantiles determinó la adopción en 1952 de una disposición común, el Código Común de Contratos de los Estados Unidos (*Uniform Commercial Code*, UCC)[144]. Pese a su denominación, no constituye una norma federal, sino un conjunto de disposiciones uniformes elaboradas como una propuesta conjunta de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) y el *American Law Institute* (ALI). Esta propuesta normativa se dirige a los estados federados, que con su adopción más o menos pareja, garantizan un trato bastante uniforme de una materia, en este caso el Derecho de contratos, si bien es preciso asegurar la concreta adopción legislativa realizada por cada estado[145].

---

[143] Para un análisis de su contenido y sistemática, *vid.* Farnsworth, E. A. *The Restatement (Second) of Contracts.* En Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law , 1983, 47. Jahrg., H. 2 (1983). Editorial Mohr Siebeck GmbH & Co. KG. Págs. 336 a 340.

[144] Disponible en https://www.uniformlaws.org/acts/ucc#:~:text=The%20Uniform%20Commercial%20Code%20(UCC,a%20uniformly%20adopted%20state%20law. Consultado el 30 de septiembre de 2024.

[145] La NCCUSL elabora dos tipos de propuestas normativas: la *Uniform Act*, que trata de unificar la legislación de una materia en diversas jurisdicciones, atribuyéndole esta denominación si hay razones sustanciales para anticipar una adopción por un número importante de dichas jurisdicciones, y una uniformización del tratamiento de la materia; por otro lado, la *Model Act* cuando la uniformidad es un objetivo deseable, y la propuesta puede promoverla y evitar las disparidades en el tratamiento de la materia, aunque no sea adoptada en su integridad por un número significativo de jurisdicciones, o sus objetivos pueden conseguirse sin que sea adoptada la ley por un número importante de estados federados. https://www.uniformlaws.org/home Consultado el 20 de septiembre de 2024.

La UCC vino a reemplazar a varias disposiciones uniformes que, en el ámbito mercantil, se habían ido proponiendo por la NCCUSL entre 1896 y 1933[146], entre ellas la *Uniform Sales Act* de 1906, o la *Uniform Conditional Sales Act* de 1918

El actual texto de la UCC ha sufrido numerosas revisiones y adiciones desde su inicial aprobación. Hoy en día se integra por once artículos, divididos en partes y estas en secciones -eventualmente también subsecciones-, que equivaldrían a los artículos de un código continental. El UCC contiene normas aplicables a muy diversos tipos de contratos mercantiles, particularmente los que afectan a la compraventa de bienes, leasing, instrumentos negociables, transacciones bancarias, títulos valores o inversiones mobiliarias entre otras. No se extiende sin embargo a contratos inmobiliarios, laborales ni, en general, de servicios. En la actualidad y desde 1961, una comisión estable de redactores (*Permanent Editorial Board*) designados por la NCCUSL y la ALI están encargados de manera permanente de hacer un seguimiento de las normas de Derecho mercantil en los EE.UU., proponer reformas a la UCC cuando lo estimen necesario, y publicar comentarios interpretativos de normas específicas del Código para auxiliar a los tribunales en su labor aplicativa[147].

A fin de intentar dar seguridad jurídica a las transacciones electrónicas, la NCCUSL ha adoptado dos leyes estatales modelo a que debemos referirnos. En primer lugar, la *Uniform Electronic Transaction Act* (UETA)[148], una norma de ámbito general que equiparó la firma y registros electrónicos a los manuales, y cuyo ámbito de aplicación incluye todo tipo de transacciones electrónicas y que ha sido adoptada por la totalidad de los estados federados de EE.UU. (Mercado Kierkegaard. 2007).

Pero más interés para nuestro ámbito presenta la segunda propuesta de ley modelo de la NCCUSL. Más allá de las frecuentes disquisiciones sobre la conveniencia de adicionales reformas o adiciones en el UCC, y centrándonos en la actual situación de la regulación del comercio electrónico en los EE.UU., hay que señalar que la segunda propuesta mencionada de modificación del UCC en el ámbito

[146] Braucher (1958:799).
[147] https://www.uniformlaws.org/home . Verificado el 20 de octubre de 2024.
[148] Uniform Electronic Transaction Act (1999) https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?communitykey=2c04b76c-2b7d-4399-977e-d5876ba7e034 . Verificado el 20 de octubre de 2024.

de la contratación electrónica generó una importante polémica aún no resuelta. Nos estamos refiriendo a la *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), propuesta de normativa también dirigida a los estados federados y elaborada por la NCCUSL.

La UCITA es una propuesta de adición de un nuevo artículo 2 B al UCC, a fin de regular de manera específica los contratos de software y otros contenidos informáticos. Calificamos la propuesta de polémica porque, en el proceso de elaboración, el ALI se retiró del proceso ante la disparidad de criterios en cuanto al contenido de la propuesta que se comenzó a preparar conjuntamente por las dos instituciones. Pese a ello, la propuesta fue aprobada por la NCCUSL el 29 de julio de 1999, sin la unanimidad de todos sus miembros. La polémica propuesta ha visto, por el momento, frustrados sus objetivos, a tenor de la escasísima acogida que ha tenido desde los estados federados.

Ya con anterioridad a la propuesta se había creado el clima para abordar la regulación del comercio electrónico, de lo que da muestra un documento prospectivo elaborado por la Presidencia Clinton-Gore, en que se señalaban ya las bases sobre las que debería asentarse la regulación del comercio electrónico en los EE.UU. Dicho documento afirmaba que "[*t]he Internet is emerging as a global marketplace. The legal framework supporting commercial transactions on the Internet should be governed by consistent principles across state, national, and international borders that lead to predictable results regardless of the jurisdiction in which a particular buyer or seller resides*" [149].

La UCITA venía a atender el hecho de que el UCC no regulaba los contratos relativos al derecho de uso (licencias) de programas de ordenador, de software y otros de bienes intangibles, y tampoco contenía regulación aplicable a contratos para el desarrollo de software, o su manteamiento aspectos que en esa última década del pasado siglo constituían una de las principales actividades comerciales por Internet. Sin embargo, el objetivo de la propuesta era más ambicioso, como muestra el comunicado hecho público por la NCCUSL y la ALI el 4 de julio de 1999, en el que anunció que la ALI se retiraba de los trabajos, que pasaron a ser de la

[149] EE. UU. White House Office. (1997). *A framework for global electronic commerce*. Washington, D.C.: White House.

exclusiva responsabilidad de la NCCUSL[150]. Esto ya determinó la imposibilidad de que la pudiese formar parte de la UCC, ya que la aprobación por la ALI del texto final era UCITA condición indispensable para ello[151].

La propuesta finalmente adoptada constituye un sólido y completo modelo de regulación del comercio electrónico, que como señala su exposición de motivos, trata de adaptar la normativa comercial aprobada fundamentalmente para la compraventa de bienes materiales, a que atiende fundamentalmente la UCC[152].

La propuesta de ley modelo recoge tipos contractuales particulares, y muchas de las especificidades que aparecen en la contratación electrónica. Entre los primeros, destaca el "contrato de acceso", específicamente configurado para atender la figura del acceso a la información disponible en un sitio electrónico, sea un ordenador o Internet, y la obtención de prestaciones en línea. Comprende asimismo los hoy tan en boga contratos automáticos, que se producen sin intervención humana, bajo la denominación de *Automated transaccions*[153]. Su ámbito objetivo de

[150] The Conference, a 107-year-old organization whose purpose is to prepare statutes for enactment uniformly among the states, and the Institute, a 76-year-old organization whose purpose is "to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs," have long been partners in drafting the various articles of the Uniform Commercial Code (Code or UCC). For the past several years the two organizations have worked cooperatively on a UCC project to prepare a statute that would codify evolving legal rules for computer information transactions. The information industry has grown exponentially in the last decade and already exceeds most manufacturing sectors in size. The numbers of transactions in information and their dollar
value are immense. The Internet and information technology and commerce are major components of the future economic prosperity of the United States. As the nation moves from an economy centered around transactions in goods and services to an information economy, the need has grown dramatically for coherent and predictable legal rules to support the contracts that underlie that economy. Lack of uniformity and lack of clarity of the legal rules governing these transactions engender uncertainty, unpredictability, and high transaction costs. Nonetheless, it has become apparent that this area does not presently allow the sort of codification that is represented by the Uniform Commercial Code."

[151] Braucher, J., *Why UCITA, Like UC.C. Article 2B, Is Premature and Unsound.* Disponible en http://www.2bguide.com/docs/0499jb.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024. .

[152] UCITA *Prefatory note*: "UCITA is the first uniform contract law designed to deal specifically with the new information economy. Transactions in computer information involve different expectations, different industry practices, and different policies from transactions in goods. For example, in a sale of goods, the buyer owns what it buys and has exclusive rights in that subject matter (e.g., the toaster that has been purchased). In contrast, someone that acquires a copy of computer information may or may not own that copy, but in any case rarely obtains all rights associated with the information.". El texto actual de la propuesta, con las (pocas) modificaciones introducidas en la 111ª reunión anual de la NCCUSL celebrada en julio y agosto en Tucson, Arizona, puede consultarse en el siguiente enlace, a cuya versión nos remitimos cuando citemos el texto en este trabajo: https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=014d5664-8c31-a185-6e56-f1bbd7163916&forceDialog=0

[153] UCITA, sección 102.

aplicación se centra en los contratos relativos a información electrónica (*computer information transaccions*), concepto base sobre el que se apoya esencialmente la norma, y que se define como "*information in electronic form that is obtained from or through the use of a computer or that is in digital or equivalent form capable of being processed by a computer*" [154]. Excluye sin embargo de su ámbito de aplicación los servicios financieros, seguros, y los contratos relativos a la creación, distribución o reproducción de producciones audiovisuales, musicales o de obras escritas, salvo estos últimos en supuestos muy excepcionales en que las industrias productoras compitan directamente en el ámbito de los contenidos digitales interactivos con empresas de software o de contenido online (Shah. 2000:89).

La polémica que envolvió la UCITA desde el inicio de su elaboración ha determinado finalmente un muy escaso seguimiento por parte de los legisladores estatales de los EE.UU. (hasta el momento, únicamente se ha adoptado la UCITA en Maryland y Virginia[155]). De hecho, la NCCUSL acordó en 2004 modificar la denominación de la UCITA de *Uniform Act*, adoptando la de *Model Act*, pasando por tanto del acrónimo UCITA al de MCITA. Manifestaciones de esta oposición fueron que la mitad de los fiscales generales de EE.UU. firmaron en 1999 una petición en contra del proyecto, o que el mismo año la Oficina de protección de consumidores de la Agencia Federal de Comercio (FTA) de los EE.UU. emitiera una carta señalando que el proyecto era contrario a numerosas disposiciones de protección de consumidores. Por el contrario, se afirmó que la propuesta era apoyada fundamentalmente por tres lobbies: *Digital Commerce Coalition* (DCC), *Information Technology Association of America* (ITAA), y *Business Software Coalition* (BSC) (Szwak. 2002:27).

El prefacio de la norma afirma con claridad que la UCITA se funda en el principio de libertad de empresa. De hecho, parte de las críticas que suscitó la propuesta desde el inicio insistían en la desprotección de los consumidores que comportaba la nueva regulación, alegándose no solo que promovía la contratación adhesiva, sino que su principal objetivo era validar las cláusulas contractuales

[154] UCITA, sección 102.

[155] https://law.lis.virginia.gov/vacodepopularnames/uniform-computer-information-transactions-act/ ; . https://law.justia.com/codes/maryland/commercial-law/title-22/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

vinculantes que únicamente podían ser conocidas por el consumidor con posterioridad a la venta o ejecución del contrato, alterando así indefectiblemente el régimen del consentimiento en el contrato (Szwak. 2002:90).

En efecto, la UCITA acoge un régimen de consentimiento implícito (*manifesting assent*, figura reconocida ya en el epígrafe 19 del *Restatement (second) of Contracts*), estableciendo que toda conducta puede ser considerada como un consentimiento implícito cuando la parte que la realiza tenía razones para conocer el sentido de sus actos, frente al régimen tradicional del UCC que establece que el contrato puede perfeccionarse por "cualquier método suficiente para hacer constar el acuerdo" (Shah. 2000:90). Esto resulta de particular aplicación para algunos tipos de licencias denominadas *shrinkwrap*, *browserwrap* y *clickwrap*, en las que el consentimiento se entiende prestado una vez abierta la cobertura del paquete que contiene el software, o mediante la activación de una casilla en la pantalla del ordenador (Shan. 2000:90).

La aplicación de la UCITA podría también perjudicar la protección otorgada a los consumidores por otras disposiciones generales sobre protección de consumidores, y se alegó asimismo que la admisión de la imposición de términos contractuales posteriores a la perfección del contrato perjudicaría el desarrollo del comercio electrónico, al minar la confianza de los consumidores. Con carácter general, y en el caso del software, algún autor apuntaba -en momentos del desarrollo de la tecnología informática- las dificultades que para el consumidor representaba el asumir que la adquisición de una licencia de software no equivalía a la adquisición de un bien concreto, sino de un derecho de uso (Shah. 2000:90).

Otras críticas que también expresó la doctrina sobre la UCITA señalaban las limitaciones a las transferencias de derechos que la misma establece, que impiden al consumidor poder transmitir bienes tangibles -como ordenadores personales- con el software integrado en los mismos. También comporta restricciones a las amplias cláusulas de elección de foro y ley aplicable, que operarían igualmente en perjuicio del consumidor (Shan. 2000:91).

En definitiva, se imputó a la UCITA (o MCITA en la actualidad) retrocesos importantes respecto de las garantías que para la celebración de contratos recogía

la UCC, así como otras disposiciones estatales. Y ello hasta al punto de promoverse la adopción por los estados federados de normas "anti-UCITA" (o *bomb shelter provisions*, como han sido conocidas), lo que han hecho entre otros estados Iowa, Carolina del Norte, Virginia o Vermont (Thibodeau. 2003), con el fin de evitar la aplicación de las consideradas nocivas disposiciones que pudiesen adoptarse (con escaso número como ya se ha mencionado) por otros estados federados. Y ello se ha producido pese a la reacción de la NCCUSL modificando la UCITA para reforzar la protección de los consumidores (estableciendo que el comprador debe tener la posibilidad de revisar los términos del acuerdo para que sus disposiciones sean exigibles).

B) Otras disposiciones adoptadas en los EE. UU.

Por tanto, la situación actual en los EE.UU. es que el comercio electrónico sigue rigiéndose, en buena medida, por normas reguladoras del comercio tradicional. No puede obviarse tampoco la distribución de la competencia legislativa entre el Congreso de los EE.UU. y los legisladores estatales, donde la *Commerce clause* permite al primero regular el comercio "entre varios Estados" [156], es decir, y tal y como lo ha interpretado el Tribunal Supremo estadounidense, el comercio interestatal, así como sus canales y medios, lo que no excluye aquel comercio que, sin cruzar las fronteras de un estado federado, impacta en el comercio interestatal.

En uso de esta habilitación el Congreso ha adoptado disposiciones importantes en el ámbito del comercio electrónico, como la *Electronic Signatures in National and Global Commerce Act*[157] (ESIGN Act). Esta norma tiene por objeto de facilitar el uso de archivos y firmas electrónicas en el comercio interestatal e internacional, imponiendo una regla general de validez de los registros y firmas

[156] Constitución de los EE. UU. art. 1 epígrafe 8.
[157] Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (Esing Act, Pub.L. 106–229, 114 Stat. 464, en vigor el 30 de junio de 2000, 15 U.S.C. capítulo 96). https://www.fdic.gov/system/files/2024-06/x-3-1.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

electrónicas en el comercio interestatal o internacional. En la presentación de la ESIGN Act se tuvo especial cuidado en resaltar sus disposiciones particularmente dirigidas a la protección de los consumidores en los contratos celebrados con ellos, como la obligación de facilitarles información por escrito[158]. Se trata de la sección 101 (c) (1), que dispone que la información que la ley establece que debe proporcionarse por escrito podrá ser pueda a disposición electrónicamente al consumidor únicamente en el caso que en este haya consentido expresamente recibirla de este modo. En un informe encargado en 2001 por el Departamento de Comercio y la Agencia Federal de Comercio estadounidense sobre dicha cláusula de la ESIGN Act se pone de relieve la satisfactoria acogida y que los beneficios alcanzados con la disposición eran superiores a las cargas creadas, generándose un efecto dinamizador del comercio electrónico que, en ese momento, se podía apreciar[159].

La preeminencia que la *Supreme Clause*[160] de la Constitución estadounidense atribuye a la legislación federal sobre la estatal en caso de contraposición o colisión había sido ya también utilizada, en el ámbito de Internet, en 1998, cuando fue aprobada la *Internet Tax Freedom Act*[161], con el que trataba de garantizar un acceso a Internet tributariamente neutro, previniendo con ello que normas federales, estatales o locales estableciesen tasas a su utilización, y con un efecto en tal sentido indudablemente favorecedor también del comercio electrónico. Otras disposiciones para asegurar la neutralidad de Internet, en este caso de carácter técnico, fueron implementadas durante la Administración Obama por la FTC, en algún caso con rectificaciones de algunas de dichas regulaciones por la propia FTC bajo la Administración Trump[162].

---

[158] https://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/esignfinal.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[159] Ibidem.

[160] Constitución de los EE. UU. art. 4, cláusula segunda. Pub.L. 105–277 21 de octubre de 1998 https://www.congress.gov/108/plaws/publ435/PLAW-108publ435.htm . Verificado el 30 de septiembre de 2024

[162] "Under the Obama Administration, the Federal Communications Commission (FCC) codified net neutrality rules requiring that ISPs treat all internet traffic equally. See Protecting and Promoting the Open Internet, 30 FCC Rcd. 5601, 5603, para. 4 (2015) (adopting "carefully-tailored rules that would prevent specific practices we know are harmful to Internet openness—blocking, throttling, and paid prioritization—as well as a strong standard of conduct designed to prevent the deployment of new practices that would harm Internet openness"); Preserving the Open Internet, Broadband Industry Practices, 25 FCC Rcd. 17905, 17906, para. 1 (2010) (ordering that "[f]ixed broadband providers may not

En definitiva, los intentos de armonizar legislativamente el comercio electrónico en los EE. UU. han tenido hasta el momento, escaso éxito, regulándose el mismo por las normas generales aplicables al resto de contratos de bienes, fundamentalmente la UCC ya comentada (con el complemento interpretativo del *Restatement -second- of the Law,* y las normas adoptadas en cada uno de los estados. Evidentemente, disposiciones propias de otras materias también son de aplicación, como las relativas a los pagos con tarjeta, generalmente regulados por el clausulado pactado entre las partes, pero a las que se aplican disposiciones contenidas en normas federales para limitar la responsabilidad en caso de fraude, imprescindible para asegurar la confianza del consumidor[163].

Siendo esta la situación, algunos autores han alzado recientemente la voz para poner de relieve el riesgo que para el acceso neutro y libre a Internet (y con ello, al comercio electrónico) está suponiendo el creciente establecimiento de plataformas que actúan como intermediarios del comercio electrónico[164]. Se pone de relieve el riesgo cierto de apropiación de información en los mercados digitales y de afectación a la competencia, y en el que las medidas tradicionales para garantizar la competencia no están funcionando: el riesgo que para el comercio electrónico comporta el que las grandes plataformas de Internet (Amazon, Google, Apple, Facebook. etc.) funcionen al mismo tiempo como operadoras de plataformas dominantes que albergan a terceros comerciantes, desarrolladores de aplicaciones o creadores de contenido, al mismo tiempo que actúan como actores en el mercado compitiendo con ellos, debe ser atajado mediante normas de defensa de la competencia adaptadas a las nuevas circunstancias (Khan. 2019:992). Se propugna como posible solución una separación estructural de las plataformas y el comercio, que pueda eliminar los conflictos de intereses, actuando de manera similar a como se hizo en el campo de las empresas de suministros esenciales que competían con las empresas que comercializaban dichos recursos.

---

unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic"). In December 2017, the Trump Administration's FCC voted to undo this order. See Restoring Internet Freedom, 33 FCC Rcd. 311, 318, para. 20 (2018)." (Khan. 2019:979)

[163] Así por ejemplo, la sección 134 de la *Consumer Credit Protection Act*, o la sección 909 de la *Electronic Fund Transfer*, ambas normas federales, que limitan a 50 $ la responsabilidad del titular en caso de uso fraudulento de sus tarjetas de crédito o debido. (Maggs. 2002:678)

[164] Adviértase la falta por el momento de una definición satisfactoria de "plataforma", cuestión sobre la que se volverá en este trabajo.

Si bien no constituye el objeto central de este trabajo el estudio de la normativa sobre competencia, el fenómeno indicado tiene una clara afectación en la actividad del suministro de contenidos y servicios digitales. Por otro lado, y en lo que a la situación de la legislación estadounidense sobre comercio electrónico se refiere, el problema apuntado se intensifica por la existencia de lo que se ha denominado *a mayor regulatory gap* (KHAN. 2019:1091), en referencia no solo a la falta de disposiciones anticolusorias específicas.

En cuanto a la protección del Derecho de marcas en el comercio electrónico estadounidense, la infracción directa de marcas comerciales se protege por el artículo 32 de la *Trademarkc Act* de 1946 en su versión consolidada[165]. No existe sin embargo, y como recuerda Chelsea (2021:699), una protección paralela en caso de infracción cometida por intermediarios en Internet respecto a los derechos de terceros, si bien ha sido tratada por la jurisprudencia del Segundo Circuito, que ha señalado que una plataforma de comercio electrónico no tiene responsabilidad si el conocimiento de que se han producido en la misma infracciones del Derecho de marca es únicamente generalizado y no específico.

No existe tampoco una ley federal de protección de los datos de los consumidores frente a los riesgos que se derivan del comercio electrónico, sin perjuicio de que la FTC exija el cumplimiento de las normas sobre seguridad de la información, que aunque prohíben las prácticas comerciales desleales, engañosas y fraudulentas, no protegen específicamente los datos personales o la privacidad[166]. Los consumidores son protegidos fundamentalmente por normas estatales[167]. Como señala Lazari (2024:296), el marco regulatorio de la protección de datos en los EE.UU. continúa muy determinado por la jurisprudencia y doctrina de finales del S. XIX, sin que al respecto en los últimos veinte años el marco regulatorio haya adquirido un carácter más protector, a pesar del creciente del poder de las corporaciones digitales privadas, afirmándose con firmeza el concepto de libertad consagrado en la Primera enmienda de la Constitución estadounidense[168].

---

[165] https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[166] *Ibídem,* pág. *709*.
[167] *Ibídem,* pág. 706.
[168] "La Constitución de los Estados Unidos no menciona explícitamente el término "privacidad" o "protección de datos". De hecho, no existe un derecho individual explícito a la privacidad en el sistema

Varios estados han ido progresivamente aprobando legislación protectora de la privacidad del consumidor, como la *California Consumer Privacy Act*. (CCPA) de 2018. Contiene una definición de qué se entiende por información personal, que en términos generales incluye la información que permitiría identificar, describir o podría asociarse razonablemente con una persona, domicilio, direcciones IP o de correo electrónico, datos de geolocalización o de navegación por Internet de un consumidor. Impone a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación[169] diversas obligaciones como la de informar a los consumidores de sus prácticas de protección de la privacidad, o la de atender sus requerimientos relativas a su información personal. Se reconoce a los particulares el Derecho de acceso, corrección y supresión de su información personal. La norma fue modificada en 2020 mediante la adopción de la *Proposition 24* -en vigor desde el 1 de enero de 2023-, incrementando la protección inicialmente ofrecida)[170].

Otros estados que han adoptado legislación en materia de protección de datos o de la información personal son el de Nueva York (con la adopción de la SHIELD Act en 2019)[171], o el de Nevada, también en 2019 (*The Nevada Internet Privacy Law and Senate Bill* (SB 220))[172].

Entre los desarrollos legislativos más recientes del marco normativo estadounidense, mencionar la denominada *Cloud Act* 173 adoptada el 21 de marzo de 2018. Esta norma, por la que se modifica la *Stored Communication Act*[174] el

estadounidense, ni existe una legislación general de protección de la privacidad hasta la fecha. Emerge un mosaico legal de protecciones de la privacidad producido por múltiples fuentes, como la Primera Enmienda, la Cuarta Enmienda, la Quinta Enmienda y la Decimocuarta Enmienda a la Constitución y la correspondiente jurisprudencia constitucional. Como resultado, el derecho de Estados Unidos ha centrado su atención principalmente en la privacidad frente a la acción del gobierno y en la idea de que las personas tienen derecho a la privacidad en virtud de la Cuarta Enmienda" (Lazari. 2024:297).

[169] Quedan incluida en su ámbito subjetivo de aplicación empresas con ingresos anuales de más de 25 millones de dólares estadounidenses, que obtienen o venden anualmente información personal de más de 50.000 consumidores, o que obtienen el 50% o más de sus beneficios de la venta de información personal de personas residente en el Estado de California.

[170] https://oag.ca.gov/privacy/ccpa#:~:text=The%20CCPA%20requires%20business%20privacy,the%20Right%20to%20Non%2DDiscrimination . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[171] https://ag.ny.gov/resources/organizations/data-breach-reporting/shield-act . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[172] https://www.leg.state.nv.us/App/NELIS/REL/80th2019/Bill/6365/Text . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[173] Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act), 23 de marzo de 2018, Pub. L. 115–141. https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943 . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[174] Stored Communication Act (SCA) 18 U.S.C. Chapter 121 §§ 2701–2712

capítulo 121 del título 18 del *United States Code*, no altera directamente el régimen jurídico del comercio electrónico pero establece una posibilidad de acceso transfronterizo a los datos personales requeridos en una investigación policial o judicial penal. La obligación de comunicación de información ya existente para los datos conservados en territorio estadounidense, se extiende de modo que puede afirmarse el impacto de la norma en el marco del comercio electrónico y, sobre todo, la prestación de servicios de informáticos o digitales a distancia (en la nube) de tal intensidad que necesariamente va a tener un impacto en el régimen del comercio electrónico.

La norma obliga a la conservación o suministro de cualquier dato, archivo o información almacenado a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de servicios informáticos a distancia, estadounidenses o no, ya esté la información almacenada en territorio estadounidense o fuera del mismo, cuando les sea requerido por las autoridades competentes conforme al procedimiento que establece la norma.

Como en ella se indica, el establecimiento de esta obligación a toda compañía bajo jurisdicción estadounidense viene a evitar cualquier negativa al suministro de la información amparada en la existencia de una norma extranjera que venga a limitarla, y se dirige particularmente a los proveedores de servicios de computación o almacenamiento de datos en la nube, aun cuando los servidores donde se almacene la información requerida no se encuentren en suelo estadounidense.

La norma se dictó ante la posibilidad de que el Tribunal Supremo ratificase una sentencia en apelación que dio la razón a Microsoft, frente a un requerimiento de las autoridades estadounidenses para que se les proporcionasen determinados datos de un cliente en el marco de una investigación penal, bajo la consideración de que dichos datos estaban exclusivamente almacenados en Irlanda. La modificación legislativa de 2018 hizo que dejase de suscitarse la cuestión, al imponer la obligatoriedad incluso "extraterritorial" de la obligación de suministro de datos, que vino a confirmar el Tribunal Supremo de EE.UU.[175].

[175] Acuerdo del Tribunal Supremo de EE.UU. en el asunto *United States v. Microsoft Corp*., 584 U.S. (2018).

2.- Referencia a otras regulaciones nacionales: China, Japón y México

Resulta interesante cerrar esta exposición de la regulación comparada del comercio electrónico refiriéndonos a otros estados donde existe un amplio desarrollo de este fenómeno económico, determinado en buena medida por su elevada población y pujanza económica.

A) China

Comencemos por China, país que disputa el liderazgo económico mundial a los EE.UU. y es también una potencia mundial en comercio electrónico se refiere. Ello no solo por su inmenso mercado interior, sino por ofrecer el resto del mundo plataformas de venta online de una extensión solo comparable a las norteamericanas.

Según los datos ofrecidos por la *International Trade Administration* (ITA) en abril de 2023[176], China es el mayor mercado de comercio electrónico, y genera en torno al 50% del total de las transacciones mundiales del mismo. Las operaciones al por menor involucran a 710 millones de compradores, y en términos de beneficios generados por el comercio electrónico, China superaba a los EE.UU.

Las principales plataformas locales que dominan el comercio electrónico nacional son Taobao (Alibaba), Tmall y JD.com, con más de un 70% de un mercado interno de plataformas electrónicas comerciales que se caracteriza por un enorme dinamismo y variedad dependiendo del sector, mercado objetivo y zona del país.

El comercio electrónico trasfronterizo chino crece un 15% al año, según los mismos datos. Ello llevó al Consejo de Estado chino a adoptar el 7 de febrero de 2021 unas directrices, *Antitrust Guidelines for the Plattform Economy*, como respuesta al enorme desarrollo de la economía digital, tratando al tiempo de poner coto a las conductas monopolísticas y promover un "desarrollo sostenible del comercio

[176] International Trade Administration (ITA), (2023, 7 de abril). China – Country Commercial Guide. https://www.trade.gov/country-commercial-guides/china-ecommerce . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

electrónico"[177]. En aplicación de dichas directrices, en abril de 2021 las autoridades chinas impusieron a la plataforma Alibaba una multa de más de 2.800 millones de dólares estadounidenses por abuso de posición dominante[178]. No deja de resultar llamativo cómo el sistema económico de la República Popular China, consistente en una "economía de mercado socialista" o capitalismo de estado, actúa en el comercio electrónico con medidas tan equiparables a las aplicadas por las economías de mercado tradicionales[179].

El 31 de agosto de 2018, el Comité permanente del Congreso de la República Popular China publicó la Ley de Comercio electrónico de la República Popular China, que entró en vigor el 1 de enero de 2019[180]. Su objeto de regulación son las actividades de venta de bienes o suministro de servicios a través de Internet u otras redes e información (artículo 2), excluyendo sectores como servicios y productos financieros, prensa, contenido audiovisual y cultural u otros suministrados a través de una red de información, que sean objeto de legislación especial (artículo 3). Contiene su artículo 9 interesantes definiciones como la de "comerciante por vía electrónica"[181], "negocio de plataforma de comercio electrónico"[182] o la de "negocio

[177] https://english.www.gov.cn/policies/latestreleases/202102/07/content_WS601ffe31c6d0f72576945498.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[178] International Trade Administration (ITA), (2023, 7 de abril). China – Country Commercial Guide.

[179] En relación con estas medidas antimonopolísticas aplicables a las plataformas digitales, la página oficial del Consejo de Estado chino afirmaba en noviembre de 2020 lo siguiente: "The regulations target unfair price behavior, below-cost and tiein sales, restricted transactions and additional unreasonable trading conditions. It would also consider whether a transaction treats different customers in different ways based on big data, payment ability, consumption preferences and usage habits, said Dong. Cui Zhijuan, a professor at the Beijing National accounting Institute, said the platform economy is a new type of economy, field and mode, and some internet platforms may monopolize and control trading prices through setting rules and allocating information resources. The State Council. The People´s Repulic of China (2020, 14 de noviembre). https://english.www.gov.cn/policies/policywatch/202011/14/content_WS5faf2a06c6d0f7257693fb9f.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[180] Disponible en http://mg.mofcom.gov.cn/article/policy/201912/20191202923971.shtml. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[181] "e-commerce businesses: natural persons, legal persons or organisations without the status of legal person that engage in the business activities of selling commodities, or providing servies, throught the Internet or any other information network, including e-commerce platform businesses, in-platform businesses, an e-commercer businesses that sell commodities or provide services through a self-built website or any other network services".

[182] "e-commerce platform business: a legal person, or an Organisation without the status of legal persona, which, in e-commerce, provides both or multiple parties to trading with services, such as online places of business, match-makind, and releasing information, form them to independently conduct trading services".

a través de plataforma"[183].

Dicha norma impone un severo régimen de responsabilidad para los operadores y responsables de plataformas digitales, estableciendo que debe responder conjuntamente el operador de la plataforma con el prestador de servicios o bienes, cuando conociera o hubiese podido tener conocimiento de una infracción cometida en relación con la seguridad de los bienes o los derechos de los consumidores (artículo 38). Habilita y promueve el establecimiento de sistemas de calificación (*credit rating system*) de los comerciantes a través de plataformas, y canales para recoger los comentarios de los consumidores sobre los productos (artículo 39). La norma además regula aspectos como la ciberseguridad, la privacidad y la protección de datos, normas de competencia, la publicidad online, la protección de consumidores, formularios de contratación, firma electrónica, etc.

China ha adoptado además leyes sobre datos o información personal. Por un lado, la Ley de Seguridad de datos (*Data Security Law),* que clasifica los datos obtenidos y almacenados en China en razón de su impacto en la seguridad nacional y regula su almacenamiento o posible cesión en función de dicha clasificación, imponiendo a las empresas que operen en China obligaciones de seguridad en sus sistemas, bajo amenaza de cuantiosas multas[184].

También debe citarse la Ley de Protección de Información Personal (*Personal Information Protection Law,* PIPL)[185], que entró en vigor el 1 de noviembre de 2021 y establece normas sobre tratamiento de datos personales e información sensible, requisitos legales para la cesión de datos personales y su transferencia internacional, derechos de los particulares en relación con sus datos personales (artículo 44, que contempla el derecho de acceso y, en términos poco concretos, posibilidad de denegar o limitar el tratamiento de sus datos personales),

[183] "in-platform bussines: an e-commerce business which sells commodities or provides services throught an e-commerce platform".
[184] SKadden (2021, 11 de marzo). China's New Data Security and Personal Information Protection Laws: What They Mean for Multinational Companies. https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2021/11/chinas_new_data_security_and_personal_information_protection_laws_what_they_mean.pdf?rev=271e4258db3d4a02845addffb7ae4b1c . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[185] https://personalinformationprotectionlaw.com/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

obligaciones organizativas para los responsables de tratamiento (artículo 51)[186]. Igualmente, regula las actividades publicitarias de las empresas basadas en el tratamiento de la información personal de sus clientes, así como el uso de algoritmos y otros sistemas automatizados que discriminen determinadas clases de consumidores.

Puede, a la vista de este contenido, considerarse la legislación china con incidencia en el comercio electrónico como una regulación avanzada y equiparable a las adoptadas por los países occidentales con economías digitales avanzadas. Ello sin perjuicio de las evidentes carencias existentes para asegurar la efectividad de los derechos y garantías reconocidos a los consumidores, en un estado donde no están garantizados los principios de legalidad, separación de poderes o los derechos fundamentales de las personas.

B) Japón

Japón constituye el cuarto mayor mercado de comercio electrónico en el mundo, con una penetración de Internet que se estima en un 92% de la población, y un 24% de las empresas del país que venden a través del comercio electrónico[187].

En Japón el comercio electrónico se regula por la normativa general de contratación, fundamentalmente el Código civil y el Código de Comercio japoneses[188], que han sido modificados para incluir normas relativas al comercio electrónico (Tanaka. 2021:718). Así, resulta relevante la Ley de contratos electrónicos con consumidores (*Act on Special Measures of the Civil Code Concerning Electronic Consumer Contracts and Electronic Acceptance*) de 29 de junio de 2001[189].

[186] Pernot-Leplay (2020:53) señalaba en 2020 el retraso de la legislación china sobre privacidad respecto de los EE.UU y la UE, si bien eso podía permitirle servirse de soluciones ya avanzadas en otros estados, y constataba como progresivamente la legislación china iba incorporando principios sobre privacidad y protección de datos en sus leyes nacionales. en sus leyes nacionales.

[187] Viraze, A. y Tabata, R. (2022) E-Commerce in Japan "How it works" Guidelines. EU-Japan Centre for Industrial Cooperation. https://www.eu-japan.eu/sites/default/files/eubij/2022-07-eCommerce.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[189] Disponible en inglés en https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3820/en . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

En ella destaca en particular el régimen de desistimiento establecido en favor del consumidor en caso de oferta no intencional o efectuada por error (no concordante con sus intenciones reales), caso en que cabe su desistimiento aunque el error obedezca a negligencia grave (Tanaka. 2021:731).

En 2003 Japón adoptó regulación sobre protección de datos (*Act on the Protection of Personal Information*, *Law* nº 57 of 2003[190]), que rige la materia en todos los sectores incluyendo el comercio electrónico. Impone a los operadores económicos obligaciones para el tratamiento de datos de carácter personal, y exige importantes prevenciones a las empresas de comercio electrónico en relación con la obtención o tratamiento indebido de información de sus clientes (incluyendo el uso de *spyware* insertado en *freeware*), insistiendo en el respeto del principio de finalidad y en la información que debe suministrarse al titular de los datos[191]. Deben especificar estas empresas la finalidad del tratamiento de la información, ajustarse a la finalidad que justificó la recogida, notificar en el momento de su obtención, asegurar la exactitud de los datos y adoptar medidas de seguridad sobre los mismos, limitar las transferencias internacionales de datos, se establece una autoridad nacional de protección de datos o reconocer a los titulares de los datos los derechos de rectificación, cancelación o supresión. Se trata de una legislación sobre la materia bastante próxima a la de la Unión Europea, lo que ha justificado la adopción por esta última de una decisión de adecuación[192] que permite la trasferencia de datos personales por empresas y particulares europeos a Japón.

La normativa japonesa sobre Derecho de la competencia, integrada fundamentalmente por la *Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade*[193] (Ley nº. 54, de 14 de abril de 1947) –AMA-, contempla

[190] Traducción al inglés no oficial disponible en https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4241 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[191] Takasugi, N. (2016) E-Commerce Law and the Prospects for Uniform E-Commerce Rules on the Privacy and Security of Electronic Communications. Arizona Journal of International and Comparative Law. Vol. 33, nº. 1. The University of Arizona James E. Rogers College of Law. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ajicl33&id=3&collection=journals&index= Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[192] Decisión de Ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal. DOUE L 76, de 19.3.2019, pág. 1.
[193] Disponible en versión inglesa en https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/ Verificado el 30 de septiembre de 2024.

como prácticas desleales más relevantes respecto del comercio electrónico, la venta exclusiva, las condiciones restrictivas, la interferencia en transacciones de competidores y el abuso de posición dominante (Tanaka. 2021:729). Específicamente en relación con las plataformas digitales, la autoridad nacional de competencia japonesa adoptó el 17 de diciembre de 2019 unas "Directrices relativas al abuso de una posición de negociación dominantes en las transacciones entre operadores de plataformas digitales y consumidores que proporcionan información personal"[194]. Entre otras disposiciones dirigidas a la protección de consumidores cuando contratan a través de plataformas digitales, se considera que la plataforma se encuentra en posición de negociación de superioiridad respecto a los consumidores que proporcionan sus datos personales como contraprestación por los servicios obtenidos, aun cuando no sufran un trato perjudicial para ellos[195].

El 27 de mayo de 2020 se aprobó otra ley que refuerza las obligaciones de transparencia de las plataformas, denominada *Act on Improvement of Transparency and Fairness in Trading on Specified Digital Platforms* (TFDPA). En vigor desde el 1 de febrero de 2021, impone a los operadores de plataformas digitales hacer público, entre otras informaciones, sus términos y condiciones. También les exige emitir un informe anual de actividad y realizar autoevaluaciones, además de imponer al Ministerio de Economía japonés inspeccionar la actividad de las operadoras sobre la base de dicho informe anual y otras fuentes, consultando a usuarios, consumidores y académicos, y publicando los resultados finales en su web[196]. Determinadas plataformas electrónicas (ya sean B2C *marketplaces* o B2C *appstores*),que superen un umbral de negocio anual establecido, deben notificarlo al Ministerio de Economía, que las designará SPD (*Specified Digital Platform*), quedando sujetas a un régimen de supervisión reforzada.

[194] *Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information*, etc. https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[195] "A digital platform operator has a superior bargaining position over consumers who provide personal information, etc. when the consumers, even though suffering detrimental treatment from the digital platform operator, is compelled to accept this treatment in order to use the services provided by the digital platform operator"

[196] https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/index.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Esta breve, y necesariamente superficial exposición de la regulación japonesa sobre comercio electrónico permite afirmar, aun de manera indiciaria, una proximidad del régimen nipón mucho mayor a la normativa y filosofía regulatoria europea que a la estadounidense.

C) México

En México es reciente la existencia de una regulación específica del comercio electrónico, establecida a través de las reformas operadas en el Código de Comercio mexicano en los años 2000 y 2003 para regular los negocios jurídicos realizados por medios electrónicos. Esta reforma introdujo el principio de equivalencia funcional entre documentos impresos y electrónicos, y en relación con la firma electrónica. Su artículo 80 establece el criterio de la recepción del consentimiento a la propuesta –o de las condiciones en que fuese modificada- como criterio para la perfección de los contratos celebrados por medios electrónicos.

Destaca asimismo, la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992, que en su reforma de 2000 incluyó un capítulo VIII bis para regular los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través de medios electrónicos, ópticos "o de cualquier otra tecnología"[197]. Se contienen en dicho capítulos normas sobre protección de la información y datos obtenidos del consumidor en el proceso de contratación, reconociendo a este un derecho a conocer las condiciones y costes de la transacción, derecho a no recibir avisos comerciales, y la prohibición para el proveedor electrónico de utilizar estrategias de venta o publicidad comercial no transparentes o que no ofrezcan suficiente información sobre los servicios ofrecidos, "en especial tratándose de prácticas de mercadotécnica dirigidas a la población vulnerable, como los niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población" (artículo 76. VII).

[197] Disponible en https://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_lfpc_ultimo_camdip.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

La Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, de 2010, y la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados (2017) regula con carácter general la materia para todo el estado, siendo la segunda una ley modelo para la adopción de leyes por los estados federados mexicanos. Tiene este derecho rango de Derecho humano. La Ley federal y su reglamento es aplicable en todo el territorio y protege a cualquier persona física cuyos datos personales sean tratados por empresas o personas particulares, en el ámbito entre otros de la contratación electrónica, si bien presenta dudas sobre su aplicación a contratos electrónicos transfronterizos, cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en México (Guzmán Rodríguez. 2021:763). Esta normativa impone los principios de finalidad, proporcionalidad e información a los responsables del tratamiento de datos personales, incluyendo avisos de privacidad a los titulares de los mismos antes de recabar sus datos, sea por vía física o electrónica. También se regula, desde esta perspectiva, el márquetin directo y el uso de cookies.

El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012[198] incluyó entre sus estrategias el desarrollo del "marco normativo que garantice que la información referente a la vida privada y a los datos personales estará protegida". Se estableció así en dicho Plan como estrategia 5. 3, en el área de Transparencia y rendición de cuentas, el objetivo de "desarrollar el marco normativo para proteger la información sobre la vida privada y los datos personales.

La reforma constitucional publicada el 20 de julio de 2007 añadió un segundo párrafo al Artículo Sexto de la Constitución del país, conteniendo una referencia explícita a la protección de datos personales, como parte del derecho de acceso a la información, completando así el ya existente artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establecen que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones". Al respecto, Davara

[198] La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos asigna al Gobierno la responsabilidad de planificación periódica de las acciones gubernamentales para alcanzar un desarrollo equitativo que "que proporcione mejores niveles de vida para los mexicanos". Esto se plasma en un Plan Nacional de Desarrollo que debe adoptarse en cada legislatura. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. LX Legislatura. Comité del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. Cámara de Diputados. EE.UU Mexicanos. https://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0962007.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

(2010:102) señala que la ubicación sistemática de esta reforma llevaría a interpretar que la Constitución mexicana concibe los datos personales como un límite al acceso a la información, cuando a su juicio debería considerarse un complemento. No obstante, lo interpreta como un paso positivo hacia una regulación federal específica y autónoma de la Protección de datos personales.

En principio, el comercio electrónico en México está principalmente enfocado al mercado nacional (Guzmán Rodríguez. 2021:766), si bien su regulación nacional se ha visto modificada como consecuencia de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, EE. UU. y Canadá, que ha introducido normas en relación con la limitación de responsabilidad respecto del contenido publicado en una web, y otras que han obligado a reformar la Ley Federal del Derecho de Autor en México en el año 2020[199].

3.- Consideración final

Concluida el examen de la regulación comparada sobre comercio electrónico –que, sin ser exhaustiva, sí da muestra de los desarrollos más significativos o quizá representativos que pueden encontrarse en el mundo-, podemos alcanzar la misma conclusión que al concluir el análisis de los desarrollos en el marco de las organizaciones internacionales globales y regionales: no existe, en este momento, una regulación específica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Ya se ha indicado que el nivel de protección que en la UE se ha alcanzado en relación con los contratos de consumo suponía una referencia de partida en la que no parece fácil que instrumentos convencionales adoptados en el seno de organizaciones internacionales hubiesen permitido alcanzar normas con umbrales semejantes de protección, máxime en una materia tan relativamente reciente como ha sido la expansión en todo el mundo del suministro a los consumidores de contenidos y servicios digitales a través de sus dispositivos electrónicos. Pero

[199] https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfda/LFDA_ref13_01jul20.pdf. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

tampoco se han encontrado referencias regulatorias en las legislaciones nacionales analizadas, lo que llega a insistir en el carácter original de la regulación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

Ello lleva a centrar la atención del estudio en el ámbito territorial de la Unión Europea y sus EEMM, donde sí existe esta regulación. Con algún precedente significativo en algunos de esos EEMM, ha sido sin embargo el interés en no perder un liderazgo mundial, si no económico sí normativo, como organización de integración política y económica el que ha llevado a la Unión Europea a desarrollar regulaciones que hoy se encuentran entre las más avanzadas a nivel mundial, como se expondrá seguidamente, una vez considerado el panorama actualmente existente en Derecho comparado.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL MARCO REGULATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA EN QUE SE INSERTA LA NORMATIVA SOBRE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

I.- INTRODUCCIÓN

Expuesto el panorama de la regulación del comercio electrónico y la contratación por medios digitales en el seno de organizaciones internacionales de corte clásico, así como en los estados con mayor significación, volvemos la vista al ámbito territorial en el que vamos a centrar el resto de nuestro estudio: la Unión Europea.

Con la vocación inicial de promover un área comercial sin barreras, hoy el mercado único es quizá el logro más destacado que se ha alcanzado en la UE, como espacio de libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales, y donde se propugna un comercio transfronterizo como elemento fundamental de progreso económico.

Siendo claro que la UE no lidera en la actualidad el cambio tecnológico mundial[1], su industria lucha por no quedar postergada del mismo, como se está demostrando en la actualidad con el importante esfuerzo desplegado para encabezar la regulación mundial de la Inteligencia Artificial. Lo que sí es cierto es que, a través de la compleja realidad que es hoy el mercado único, la UE sí ha demostrado una capacidad de reacción muy notable a la hora de abordar la regulación de los fenómenos que apareja la revolución digital, tratando de ahormar

[1] Véase al respecto, en relación con la situación del mercado único, así como el futuro de la competitividad en la Unión Europea, los recientes informes presentados por Enrico Letta, en abril de 2024, y Mario Draghi en septiembre del mismo año. Disponibles en https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf y https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf . Verificado el 20 de octubre de 2024.

sus modelos económicos a un cambio imparable, y fomentando las ventajas que el mismo presenta para el desarrollo económico y comercial.

Abordaremos seguidamente no solo el marco normativo del comercio electrónico, sino también, de forma somera, el de aquellas áreas que inciden directamente en los contratos de suministro de bienes y servicios digitales, y son necesarios para su desarrollo. Son principalmente el de la protección de datos personales (a la que se dedicará un examen más detallado en un posterior capítulo, por su especial intersección con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales), la regulación común del Derecho de contratos y el Derecho de consumidores. También, aunque en menor medida, el Derecho de la competencia y las normas sobre propiedad intelectual, sin olvidar la reciente y transversal regulación de la Inteligencia Artificial. Conforma todo ello un *continuum* normativo que proporciona base necesaria para la particular conformación de los contratos de suministro de bienes y servicios digitales, tal y como aparecen regulados en la UE.

Nos detendremos en estos campos por ser los más directamente relacionados con la materia objeto de este trabajo, aunque debe insistirse en que la necesidad de adaptación a las transformaciones del mundo digital está afectando a todas las áreas regulatorias de la Unión Europea. Como muestra de ello, podemos citar cómo en el Programa de trabajo de la Comisión para el año 2022[2] se incluyó un objetivo sobre el IVA en la era digital[3], con el que se establecía la necesidad de modernizar las normas actuales reguladoras de dicho tributo, no solo a los efectos de hacer más efectiva su recaudación aprovechando las oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales, sino también y de manera fundamental, para determinar si las normas que regulan dicho impuesto están adaptadas a los modelos de negocio de la era digital. Ello dio lugar a la presentación, en diciembre de 2022, de una propuesta de Directiva del Consejo, por la que se pretende modificar la Directiva 2006/112/CE "en lo que respecta a las normas del IVA en la era digital"[4]. En su

[2] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Programa de trabajo de la Comisión para 2022". Documento COM (2021) 645 final, Estrasburgo, 19 de octubre de 2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0645. Verificado el 20 de octubre de 2024.

[3] Anexo II, pág. 10

[4] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a las normas del IVA en la era digital. Documento COM(2022) 701 final, Bruselas, 8 de diciembre de 2022.

exposición de motivos se señala que, entre los objetivos del paquete de reforma propuesto por la Comisión, se encuentra el de "abordar los retos de la economía de plataformas, actualizando las normas sobre el IVA […] para abordar la cuestión de la igualdad de trato, aclarando las normas sobre el lugar de prestación aplicables a estas operaciones y reforzando el papel de las plataformas en la recaudación del IVA […}"[5].

Es solo una muestra de que los cambios en la estructura y modelo económico desencadenados por la revolución digital, por los nuevos modelos de negocio, la economía de plataformas, o la contratación del suministro de bienes incorporales constituyen fenómenos que hay que abordar con un enfoque multidisciplinar, que aconseja una previa indagación en la normativa jurídica que regula las materias que confluyen, con mayor o menor incidencia, en las nuevas modalidades de contratación digital, si bien nos centraremos en aquellas que áreas con las que, a nuestro juicio y considerando la regulación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, existe una vinculación más directa.

Resalta Bercovitz Rodríguez-Cano (2009:115) cómo la internacionalización del mercado ha llevado a intentar simplificar la contratación internacional, a través de la homogeneización, en mayor o menor grado, del Derecho de contratos en los distintos Estados, o mediante la aprobación en ellos de legislación específica de lo que es ejemplo, señala, la labor llevada a cabo en la Unión Europea mediante reglamentos y directivas "sobre materias contractuales sectoriales".

En efecto, la relevancia creciente de las actividades comerciales desarrolladas por Internet, a medida en que tales actividades se han expandido cuantitativa y cualitativamente, ha obligado al legislador de la UE a reaccionar ante el impacto diverso generado por dicho fenómeno, en una reacción normativa que ha debido atender a diversas áreas jurídicas (González de León Berini. 2020:47).

Por ejemplo, el carácter eminentemente transnacional del comercio electrónico ha obligado a revisar la normativa sobre flujos internacionales de datos,

---

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0701&from=EN . Verificado el 20 de octubre de 2024.

[5] Ibídem, pág. 2.

así como las disposiciones reguladoras de la cooperación judicial civil, que ordenan las reclamaciones judiciales internacionales a que pueden dar lugar dichos contratos transfronterizos, como decimos enormemente facilitados por los medios de comunicación electrónicos y la inmediatez de la contratación digital.

Por otro lado, los contratos de suministro de contenidos digitales en muchas ocasiones tienen por objeto obras o creaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual, suscitándose las cuestiones del adecuado permiso para su distribución y utilización, que se acentúan si caben en el marco del comercio electrónico. La cuestión es objeto de disposiciones específicas en la DCSD, atendiendo a los efectos que en dichos contratos produce una vulneración de las normas de propiedad intelectual.

Los contratos de suministro digital son también eminentemente contratos de adhesión, fundados en la aceptación de condiciones generales impuestas por el empresario, y que han de ser aceptadas, sin margen negociador, por el consumidor. Ello determina la necesidad de atender a las normas especiales que, dentro del Derecho de contratos, constituye la regulación del Derecho de consumo, especialmente importante en la Unión Europea por cuanto ha sido una normativa a la que ese legislador ha prestado una especial atención desde un momento muy temprano, considerando su importancia en la ordenación de un mercado único entre los EEMM.

Además de por el carácter internacional, el comercio a través de la red ha propiciado la aparición de modelos económicos novedosos y de enorme repercusión en cuanto al número de consumidores involucrados, con el fenómeno de las plataformas digitales a que, en sus diversas modalidades, se ha hecho ya referencia. Ello ha comportado nuevos modos de afectar a la intimidad y a la vida privada, generando serias preocupaciones desde el punto de vista de la protección de datos, y ha determinado también una revisión profunda en la UE de esta normativa, que se ha tenido que ver además complementada por una regulación específica sobre estas plataformas y los grandes prestadores de servicios en la red. Asimismo, la estructura del mercado de plataformas plantea retos sustanciales del Derecho de la competencia, otro ámbito de tradicional atención por el legislador europeo.

El informe *Competition policy for the digital era* (Cremer, Montjoye, Schweitzer. 2019), encargado por la Comisión Europea para analizar el impacto de la transformación digital en dicha área, pone de relieve este aspecto de la complementariedad que presentan las diversas áreas jurídicas con impacto regulatorio en el sector digital (competencia, protección de datos, protección de consumidores, propiedad intelectual, regulación de las comunicaciones electrónicas…), que es necesario ensamblar para tener una perspectiva regulatoria completa[6]. Esta idea es la que hemos seguido en esta exposición de las normas de la Unión que inciden en la regulación del comercio electrónico, que abordaremos atendiendo sucesivamente a dichas áreas jurídicas y resaltando los aspectos más relevantes de cada una para nuestro objeto de estudio.

La interconexión entre estas distintas áreas del acervo UE se ha hecho también manifiesta en el Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales[7] (RSD), adoptado en 2022 y al que más adelante se hará referencia. Su artículo 2, al establecer su ámbito de aplicación, salva expresamente la vigencia y aplicación de hasta 10 disposiciones y áreas jurídicas del Derecho de la UE entre las que se incluyen el Derecho de autor y derechos afines, de protección de consumidores, protección de datos personales, o Cooperación judicial civil. Citamos este ejemplo reciente porque, aunque la DCSD no contiene una disposición semejante, y desde luego no alcanza la extensión y ramificaciones del RSD, su materia también se encuentra estrechamente interconectada tanto con la regulación objeto del RSD, como de otras de las áreas del Derecho de la UE citadas en su artículo 2, apartado 3, y entendemos que ello justifica el enfoque de este capítulo (cuya redacción se comenzó antes de la adopción del RSD), ello por haber alcanzado una percepción semejante del "entreveramiento" que presentan estas materias, cuya

[6] "*In our report, we have focused on what competition policy can contribute to ensuring that the new realities of the digital economy work to the benefit of European citizens. But we are well aware of the complementarity that exists between competition law and other legal regimes. With digitisation, new needs for coordination between these regimes emerge, and adjustments and/or re-interpretation of contract law, consumer protection law, or unfair trading law will be part of the shaping of the legal order in reaction to a different economic reality. Some of these rules may lessen the likelihood of specific types of conflicts arising in the future, or may dampen the incentives to strategically abuse new positions of power*". (Cremer, Montjoye, Schweitzer. 2019:125).

[7] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. DOUE L 277 de 27.10.2022.

exposición se considera de suficiente utilidad como para dedicarle una parte, si bien menor, de este trabajo.

Por todo ello, y antes de avanzar en la parte nuclear de este estudio –el régimen jurídico del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales-, consideramos necesario abordar una exposición de la situación del acervo legislativo de la UE en cada una de las áreas mencionadas, en cuanto tienen una muy directa incidencia en el comercio electrónico y los contratos celebrados por medios digitales. Ello a fin de partir de un conocimiento actualizado de la realidad normativa en que hoy se inserta el específico contrato de suministro de contenidos digitales y la novedad regulatoria que el mismo comporta.

II.- LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELETRÓNICA EN LA UNIÓN EUROPEA. EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

1.- Marco introductorio. La Directiva 2000/31/CE

La Comunicación de la Comisión Europea "Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa"[8] puede considerarse el antecedente inmediato, así como el instrumento de planificación de un buen número de normas jurídicas del Derecho de la Unión de gran relevancia en el ámbito que nos ocupa. Entre dichas normas, adoptadas en su mayoría en los últimos seis años y que han modificado de forma sustancial el ámbito regulatorio en que se integra nuestro estudio, se cuenta la Directiva (UE) 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[9] (a la que nos referiremos en adelante como DCSD).

[8] 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". Documento COM (2015) 192 final. Bruselas, 6 de mayo de 2015. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[9] 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. DOUE L 136 de 22.5.2019.

Antes de profundizar, en el siguiente apartado, en la citada Comunicación de 2015, que propuso la estrategia digital para las siguientes décadas (en adelante referida como Estrategia MUD), abordaremos los antecedentes con los que el legislador europeo ha ido jalonando la regulación del comercio electrónico.

Los esfuerzos por abordar normativamente el fenómeno del comercio electrónico en la UE pueden remontarse al año 1987, en que se adoptó la Decisión del Consejo que establecía un programa comunitario relativo a la transferencia electrónica de datos de uso comercial utilizando las redes de comunicación[10]. Se afrontaba así una realidad incipiente: "la importancia de las telecomunicaciones como elemento motor esencial del crecimiento económico y del desarrollo social"[11]. La actividad de la Comunidad Europea en aquellos años no sólo incidió en la regulación jurídica de las incipientes manifestaciones de la Sociedad de la Información, sino que puso también su atención en la armonización de unos estándares técnicos que permitieron impulsar y desarrollarse a la nueva realidad mercantil a la que aquella abría paso[12].

En el año que cerró el S. XX se aprobó la Directiva 2000/31/CE[13], relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información[14], y conocida como la Directiva sobre el comercio electrónico (en adelante, DCE). Esta norma es la que, aún a día de hoy, constituye la principal regulación que aborda, con carácter general, los denominados servicios de la sociedad de la información en la

[10] 87/499/CEE Decisión del Consejo de 5 de octubre de 1987 por la que se establece un programa comunitario relativo a la transferencia electrónica de datos de uso comercial utilizando las redes de comunicación (TEDIS) y decisiones subsiguientes. DOCE L 285 de 8.10.1987.

[11] Ibidem, considerando Segundo.

[12] "En 1998 se adoptaron dos directivas estableciendo procedimientos para proporcionar información en el campo de los estándares técnicos y reglas sobre información de la sociedad de servicios. Estas directivas obligaron a los Estados miembros a asegurar que los estándares establecidos por sus organismos nacionales fuesen comunicados a la Comisión y no creasen barreras para el adecuado funcionamiento del mercado interior. También se desarrolló un intenso trabajo para liberalizar las infraestructuras de comunicación. Se adoptó o propuso legislación sobre competencia en telecomunicaciones, interconexión, una red transeuropea ISDN y el servicio universal" (Dikie. 1999:3)

[13] 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). DOUE 178, de 17 de julio de 2000.

[14] 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).

Unión Europea. La DCE define los servicios de la sociedad de la información por remisión a la hoy derogada Directiva 98/34/CE, por lo que la definición se encuentra hoy recogida, en idénticos términos, en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535[15], definiéndolos como "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios". El mismo artículo aclara que la expresión "por vía electrónica" se refiere a "un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético"[16].

La DCE se adoptó con el objetivo de promover el comercio electrónico en la Unión, y ofrecer un marco común que, en coherencia con el mercado único de bienes, servicios, personas y capitales, crease un cuadro normativo mínimamente armonizado para la circulación entre Estados miembros de los servicios de la sociedad de la información.

La DCE fue una norma pionera en el mundo en la regulación del fenómeno, entonces incipiente en lo que a los consumidores se refiere, de la contratación digital. La norma ha mantenido su vigencia durante más de veinte años, adaptándose a los cambios no sólo tecnológicos, sino también de modelo como hemos podido atisbar en el capítulo anterior. La única modificación expresa ha sido la operada por el artículo 89 del RSD, al derogar y asumir la regulación del régimen de exención de responsabilidad de prestadores de servicio. Debe destacarse que dicha modificación afecta únicamente a los artículos 12 a 15 de la DCE (que se suprimen y asumen por los artículos 4, 5, 6 y 8 del RSD), sin afectar por tanto a la regulación contenida en dicha DCE sobre comercio electrónico, que sigue plenamente vigente.

[15] Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. DOUE DO L 241 de 17.9.2015.

[16] Esta definición ha sido expresamente mantenida y asumida en el RSD adoptado en 2022 (artículo 3, letra a), RSD).

Esta permanencia en el tiempo ha sido posible no solo por el carácter abierto y flexible de sus disposiciones, sino también por la importante labor interpretativa y de adaptación que ha realizado el Tribunal de Justicia de la UE[17] (en adelante, TJUE) en todos estos años[18], con importantes sentencias que ha ido delimitando y ajustando su ámbito aplicativo ante los cambios que han ido experimentando los modelos de prestación de este tipo de servicios.

Considerando los antecedentes legislativos de la DCE, hay que mencionar la Directiva 97/7/CE[19], relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia, y la Directiva 98/48/CE[20], que modificaba la previa Directiva 98/34/CE sobre el procedimiento de información sobre reglamentaciones técnicas.

En la Directiva 97/7/CE (posteriormente derogada por la Directiva 2011/83/UE) se incluyó la primera definición en el acervo del Derecho de la Unión de "contrato a distancia", que daba cabida a los celebrados por medios electrónicos. Su artículo 2, número 1, los definía como "todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato".

Venía esta Directiva 97/7/CE a completar el régimen de protección de los consumidores en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, cuya primera regulación había establecido la Directiva 85/577CEE sobre protección de los consumidores en contratos negociados fuera de los establecimientos

[17] Según información obtenida del buscados de jurisprudencia del Tribunal de Justicia "Infocuria jurisprudencia", 46 cuestiones prejudiciales han tenido por objeto la interpretación de la Directiva 2000/31/CE en estos más de 20 años.

[18] Al respecto la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento de Servicios Digitales presentado por la Comisión el 15 de diciembre de 2020 afirmaba la validez de los principios esenciales de la Directiva 2000/31/CE, incorporando su regulación del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, "ya consolidada como fundamento de la economía digital y esencial para la protección de los derechos fundamentales en línea. Dichas normas han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha proporcionado valiosas aclaraciones y orientaciones" (pág. 3).

[19] Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. DOCE L 144, de 4.6.1997.

[20] Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. DOCE L 217 de 5.8.1998.

comerciales[21]. El carácter cambiante del modelo de negocio, y el desarrollo que empezaba a tener la contratación a distancia quedaba ya reflejado en el considerando 9 de esta Directiva 97/7/CE[22].

En la segunda de las normas que hemos citado como precedente directo de la Directiva 2000/31/CE, la Directiva 98/48/CE, se define por primera vez lo que debía entenderse en el acervo de la Unión por "sociedad de la información" (definición que asumiría luego la DCE). El artículo primero de la Directiva 98/48/CE, al modificar la definición de "servicio" de la previa Directiva 98/34/CE, incluía entre ellos "todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios". Añadía que por servicio prestado "por vía electrónica" debía entenderse aquel "enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético".

Esta definición de "sociedad de la información" y sus elementos definitorios (que se resumen en que el servicio se preste a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario), se han

[21] Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. DOUE L 372 de 31.12.1985, p. 31 (derogada el 13 de junio de 2014 por la Directiva 2011/83/UE). Esta Directiva de 1987 establecía normas mínimas comunes para los contratos celebrados entre un comerciante que suministrase bienes y servicios a un consumidor durante una excursión organizada por el comerciante, o durante una visita del comerciante al domicilio del consumidor o a su lugar de trabajo (artículo 1º). Su artículo 5 concedía al consumidor el derecho a renunciar al contrato unilateralmente mediante comunicación realizada al comerciante en los 7 días siguientes a la celebración del contrato –o a la formulación de la oferta por el consumidor en el tercero de los tipos de contrato-. Se establecía además el carácter irrenunciable para el consumidor de los derechos reconocidos por la Directiva (artículo 7). Dos elementos de la regulación de los contratos a distancia, este del derecho de rescisión unilateral en un determinado plazo desde la celebración del contrato, y el carácter irrenunciable de los derechos concedidos, que se mantendrán en la normativa de protección de consumidores en los contratos celebrados a distancia por medios electrónicos, como se recogió en los artículos 6 y 12 de la Directiva 97/7/CE.

[22] "Considerando que los contratos negociados a distancia se caracterizan por la utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia; que esas diferentes técnicas se utilizan en el marco de un sistema organizado de venta o de prestación de servicios a distancia sin que se dé la presencia simultánea del proveedor y del consumidor; que la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva, pero requiere que se definan unos principios válidos incluso para aquéllas que todavía se utilizan poco en la actualidad". Considerando 9 de la Directiva 97/7/CE.

mantenido en el tiempo, al recogerla en sus mismos términos tanto la DCE (artículo 2, letra a)), como la Directiva (UE) 2015/1535[23] (artículo 1, letra b)), que codificó las normas sobre procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información que siguieron a la Directiva 98/34/CE . La definición ha sido también recogido por el Reglamento de Servicios Digitales de 2022, que se remite a la definición de la Directiva (UE) 2015/1535. Para ilustrar a qué se refería el concepto, resultaba particularmente ilustrativo –a la par que necesario, en aquel momento temprano de la evolución del comercio electrónico- el considerando 18 de la DCE, que enumeraba ejemplificativamente un buen número de actividades que quedaban englobadas en el concepto de servicio de la sociedad de la información, y que no se limitaban a la venta de mercancías *online.*

Se citaban así expresamente, entre ellos, los servicios no remunerados por sus destinatarios, en lo que constituye un precedente claro, ya señalado por el legislador UE, de un tipo de contrato celebrado por medios electrónicos que, en una de sus más significativas modalidades –aquella en que su contraprestación consiste en la autorización del tratamiento de los datos personales del consumidor-, no ha sido objeto de expresa regulación hasta la aprobación de la DCSD, y al que se hará referencia específica más adelante.

Este concepto de sociedad de la información comprende una amplísima variedad de actividades, y por ello una diversidad de proveedores notable (De Miguel Asensio. 2015:145), incluyendo los prestadores de servicios dedicados a la prestación *online* de bienes y servicios (Paredes Pérez. 2021:70). Es igualmente interesante, a los efectos de delimitar nuestro objeto de estudio, tener presente que la DCE ya comprendía en su ámbito de aplicación contratos de suministro de servicios digitales, como "servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario" (considerando 18).

[23] Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. DOUE L 241 de 17.9.2015.

Volviendo a los antecedentes y al proceso de adopción de la DCE, la propuesta normativa fue presentada por la Comisión el 23 de diciembre de 1999, bajo el nombre de "Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior"[24]. Se justificaba la misma por la necesidad de aprovechar las oportunidades que la sociedad de la información presentaba en la Unión para la creación de empleo y el crecimiento de las empresas europeas (fundamentalmente PYMES), y de actuar contra lo que lo que se señaló como la principal dificultad para hacerlo: los obstáculos derivados de la diversidad legislativa entre los Estados miembros y la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a esos servicios (considerando 4).

Se advertía ya que, pese a que los servicios de la sociedad de la información cubrían una amplia variedad de actividades económicas, la venta *online* era una de las que presentaba mayor potencial de desarrollo presentaba, y por ello despertaba un mayor interés para la Comisión (como denota el título que asignó a su propuesta de DCE, antes mencionado). En este contexto, se consideraba comercio electrónico no solo los contratos celebrados por vía electrónica, sino también otras actividades no forzosamente remuneradas, como podían ser la puesta a disposición de información a través de Internet (considerando 3).

Teniendo como base jurídica la libertad de establecimiento y de servicios, así como la aproximación de legislaciones para un mejor funcionamiento del mercado interior (artículos 57, apartado 2, 66 y 100 A, del entonces vigente Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), la propuesta de DCE se negoció por el procedimiento legislativo de codecisión entre Consejo y Parlamento, que era por entonces el aplicable a propuestas en materias económicas y comerciales del conocido como "Primer pilar comunitario" –en la arquitectura del Tratado de Maastricht de 1993-, procedimiento legislativo que coexistió casi en pie de igualdad hasta el Tratado de Lisboa de 2009 para muchas materias de competencia comunitaria con el de consulta, que atribuía en exclusiva la capacidad decisoria del

[24] Documento COM(1998) 586 final – 98/035 COD. DOUE C 30, de 5 de febrero de 1999 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51998PC0586 . Verificado el 20 de octubre de 2024.

proceso legislativo al Consejo, previa consulta al Parlamento.

La tramitación de la propuesta se demoró más de año y medio, en un proceso en que la Comisión hubo de presentar una propuesta modificada[25] (COM/99/0427 final - COD 98/0325[26]), para asumir los cambios propuestos en la primera lectura por los colegisladores. Estas modificaciones, en buena medida limitadas a mejoras técnicas y de redacción, incluyeron otras más significativas como excluir la posibilidad de que la Comisión pudiese modificar, una vez en vigor la propuesta y a través de procedimiento de legislación delegada (la denominada "comitología"), la lista de categorías de contratos que podían ser excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva por decisión de los Estados miembros (listado que inicialmente se limitaba, conforme al artículo 9. 2 de la propuesta, a los contratos notariales, que hubieran de ser registrados ante una autoridad pública, y los que versaran sobre derecho de familia o sucesiones).

La DCE finalmente aprobada ha coexistido con otras normas sectoriales en vigor sobre de protección de consumidores (recogido en la veintena de directivas sectoriales entonces vigentes, cuyo nivel de protección venía a asumir), protección de datos de carácter personal (entonces integrada por las directivas 95/46/CE[27] y 97/66/CE[28] –esta última sobre protección de datos en el sector de las telecomunicaciones, luego reemplazada por la Directiva 2002/58/CE[29]), propiedad intelectual o Derecho de la competencia.

En cuanto a su ámbito de aplicación, quedaron excluidas las cuestiones fiscales, (incluso las que directamente afectan al comercio electrónico, IVA incluido), y los juegos de azar, loterías y apuestas *online*. Como hemos dicho ya, su ámbito de aplicación ha sido aclarado por diversas sentencias del Tribunal de Justicia,

---

[26] DOUE C 248, de 29.8.2000.

[27] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOUE L 281 de 23.11.1995.

[28] Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. DOUE L 24 de 30.1.1998.

[29] 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. DOUE L 201 de 31.7.2002.

principalmente en relación con la actividad de las plataformas digitales que debía considerarse propiamente servicios de la sociedad de la información (cuestión sobre la que nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior).

La DCE definió y reguló conceptos tan importantes para el desarrollo del comercio electrónico en la Unión como el de "ámbito coordinado" (que venía a asegurar la aplicación de la libertad de circulación de servicios en el mercado único a los servicios propios de la sociedad de la información[30], junto con la prohibición del artículo 4, apartado 1, de someter estos servicio a un régimen de autorización previa o requisito equivalente).

Como ha señalado el Abogado General Szpunar[31] en unas conclusiones presentadas al TJUE en enero de 2024, el "ámbito coordinado" definido por la DCE abarca los requisitos que debe cumplir un proveedor de servicios en línea tanto en lo relativo al inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como al ejercicio de tal actividad, y que al determinar los requisitos del ámbito coordinado, los Estados miembros ejercen una "especial responsabilidad" dados los intereses en juego, debiendo esa determinación tener en cuenta "los intereses en juego no solo en el Estado miembro de origen, sino también en cualquier otro Estado miembro".

En estas mismas conclusiones -y ello es importante de cara al estudio del contrato de suministro contenidos y bienes digitales-, recalca el Abogado General la nota de extraterritorialidad que en muchos casos presentan los servicios prestados online, donde "un prestador establecido en un Estado miembro puede operar de

[30] "En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se desprende que todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado. En cambio, con arreglo al artículo 3, apartado 2, de esta Directiva, los Estados miembros distintos de aquel en cuyo territorio esté establecido un prestador de servicios no podrán, en principio, restringir la libertad de prestación de tales servicios por razones inherentes al ámbito coordinado. Por tanto, los servicios de la sociedad de la información están amparados por la libre prestación de servicios a la que se refiere la primera cuestión prejudicial". Conclusiones presentadas por el Abogado General M. Szpunar el 30 de abril de 2019, en el asunto C-390/18, Airbnb *Ireland,* ECLI:EU:C:2019:336, apdo. 19.

[31] Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 11 de enero de 2024, en los asuntos C-662/22 a C-667/22, *Airbnb Ireland UC, Expedia Inc., Google Ireland Limited, Amazon Services Europe Sàrl, y Eg Vacation Rentals Ireland Limited contra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, ECLI:EU:C:2024:18, apdos. 143 y ss.

forma duradera y continuada en el territorio de otro Estado miembro sin establecerse en él o sin llegar, siquiera, a desplazarse allí"[32].

Recuerda que ello es consecuencia de que "Internet ha trastocado considerablemente estas categorías, establecidas en el mundo «real». En efecto, si bien el Tratado asocia, por un lado, el ejercicio duradero de la actividad en un Estado miembro con un establecimiento permanente en ese mismo Estado miembro y, por otro, el ejercicio temporal de una actividad con la falta de tal establecimiento, Internet permite sin embargo ejercer de modo duradero una actividad en un Estado miembro sin disponer en él de un establecimiento permanente"[33].

En todo caso, el TJUE ha afirmado, en relación con el régimen establecido por la DCE, que la libre circulación de servicios en la sociedad de la información entre Estados miembros se garantiza, de acuerdo con el régimen establecido en el artículo 3 de dicha DCE, "por la sujeción de esos servicios al régimen jurídico del Estado miembro de establecimiento de sus prestadores. Por lo tanto, esos prestadores de servicios no pueden estar sujetos a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en sus Estados miembros de origen respectivos"[34]. Es importante sin embargo mencionar que este mismo artículo 3 excluye la aplicación de las disposiciones relativas al ámbito coordinado, entre otras exclusiones, a las "obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores"[35].

Estableció asimismo la DCE un régimen de obligaciones para los prestadores de servicios que recogía, en lo esencial, lo que ha sido hasta hoy el principal catálogo de garantías para el cliente del comercio electrónico en la Unión. En él se incluyen, por una parte, la obligación de facilitar determinada información al consumidor o destinatario, tanto en las comunicaciones comerciales como en el proceso de contratación electrónica, incluyendo sus fases de formación, perfeccionamiento y

[32] Ibidem. Apdo. 150.
[33] Ibidem. Apdo. 151.
[34] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros,* C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685), apartados 66 y 67
[35] Anexo de la DCE: "Excepciones al artículo 3. Tal como se establece en el apartado 3 del artículo 3, los apartados 1 y 2 del artículo 3 no se aplicarán a los ámbitos siguientes: […] obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores".

ejecución (artículos 5 y 10). Al respecto, recordar con Paredes Pérez (2021:62) que esta información forma parte del conjunto de medidas que adopta el legislador para tutelar la libertad decisoria y negocial del consumidor en un mercado regido por el principio de competencia, y que en un segundo momento, permite también la garantía de otros derecho o intereses legítimos de los mismos como la salud o la seguridad[36]. Y, por supuesto, es un elemento más de corrección del desequilibrio en que se encuentra el consumidor frente al profesional en los contratos de consumo. Todo ello, teniendo presente que "si algo ha caracterizado la intervención del legislador de la UE es por vincular funcionalmente la protección al consumidor y la realización del mercado interior", que ha sido "el marco de intervención de las autoridades europeas en la adopción de medidas de protección al consumidor" (Paredes Pérez. 2021:63)[37].

Asimismo, la DCE recogió y reafirmó el principio de admisión y equivalencia de la contratación electrónica, acuse de recibo una vez realizado un pedido electrónicamente (artículo 11), la prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas (artículo 7) y, más trascendente quizá, los términos de exención de responsabilidad del prestador de servicios[38] en caso de mera transmisión de información o, con ciertos requisitos, por la instalación de *cookies* necesarias para el desarrollo del contrato en los sistemas de los destinatarios del servicio (artículos 12 y 13). También estableció la exención de responsabilidad del prestador del servicio de almacenamiento de datos (artículo 14). Destacar finalmente la prohibición a los Estados miembros de imponer a los prestadores de servicios una obligación general de vigilancia de los contenido alojados o intermediados a fin de detectar actividades ilícitas (artículo 15), cuestión especialmente importante en aquel momento incipiente del desarrollo este tipo de servicios, y en particular de cara a permitir el desarrollo de grandes plataformas digitales.

[36] Véase también el artículo 169 TFUE.

[37] Para un examen más detenido de estas obligaciones de información en la DCE, Paredes Pérez (2021).

[38] Este régimen de exención o limitación de responsabilidad del prestador de servicios ha sido derogado y sustituido por la Ley de Servicios Digitales de 2022.

2.- La Estrategia para el Mercado Único Digital en Europa

Expuesta la DCE como antecedente más relevante de la regulación del comercio electrónico en la UE, debemos centrarnos ya en la comunicación "Una estrategia digital para el Mercado Único Digital de Europa"[39] (Estrategia MUD en adelante). Constituye nuestro punto de partida para exponer la ordenación de la materia en el último quinquenio, que nos ha de conducir en el siguiente capítulo a la DCSD.

La Comisión Junkers (2014-2019) tenía entre sus objetivos programáticos[40] el impulso de la "Agenda Digital para Europa"[41], presentada cinco años antes bajo la Presidencia española del Consejo de la Unión, durante el primer semestre de 2010.

[39] 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". Documento COM (2015) 192 final. Bruselas, 6 de mayo de 2015. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[40] "Directrices políticas para la próxima Comisión Europea – Un nuevo comienzo para Europa: mi agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático". Discurso de Jean-Caude Juncker al Parlamento Europeo el 15 de junio de 2014 (disponible en https://commission.europa.eu/system/files/2019-11/juncker-political-guidelines-speech_es.pdf ; verificado el 30 de septiembre de 2024). Apartado 2, Un mercado único digital conectado: "Creo que debemos utilizar mucho mejor las grandes oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales, que no conocen fronteras. Para ello, tendremos que tener la valentía de romper los compartimentos nacionales en materia de regulación de las telecomunicaciones, de legislación de derechos de autor y protección de datos, de gestión de las ondas de radio y de aplicación del Derecho de la competencia. […] Podemos crear unas condiciones de competencia equitativas gracias a las cuales todas las empresas que ofrezcan sus bienes o servicios en la Unión Europea estén sujetas a las mismas normas en materia de protección de los consumidores y protección de datos, con independencia del lugar en que se encuentre su servidor. Mediante la creación de un mercado único digital conectado, en Europa podemos generar hasta 250 000 millones de euros de crecimiento adicional en el transcurso del mandato de la próxima Comisión. […] Para lograrlo, me propongo adoptar, en los seis primeros meses de mi mandato, un conjunto de ambiciosas medidas legislativas destinadas a la creación de un mercado único digital conectado, especialmente acelerando la conclusión de las negociaciones sobre unas normas comunes europeas en materia de protección de datos, añadiendo ambición a la actual reforma de nuestra normativa sobre telecomunicaciones, modernizando las normas de derechos de autor a la luz de la revolución digital y de las conductas cambiantes de los consumidores, y modernizando y simplificando las normas de protección de los consumidores en relación con las compras en línea y digitales".

[41] 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". Documento COM(2010) 245 final. Bruselas, 19 de mayo de 2010. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245 . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Esta "Agenda", una de las siete iniciativas incluidas en la estrategia Europa 2020 perseguía "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".

En relación con dicha "Agenda Digital", la Comisión Barroso (2009-2014) había diagnosticado que "pese a la numerosa e importante legislación relativa al mercado único en materia de comercio electrónico, facturación electrónica y firma electrónica, las transacciones en el entorno digital siguen siendo demasiado complejas, dadas las incoherencias en la aplicación de la normativa en los Estados miembros" (apdo. 2. 1, rubricado "Un mercado digital dinámico"). La fragmentación normativa seguía lastrando cinco años después, y ya iniciado el mandato de la Comisión Junkers, el desarrollo del comercio electrónico en la Unión (Pérez de las Heras. 2020:512).

También se había afirmado en la Agenda Digital presentada en 2010 el interés de la Comisión por abordar la mejora de los derechos de los consumidores cuando, haciendo uso de la contratación electrónica, adquiriesen productos digitales. Para ello se apuntó como vía de avance el aumentar la coherencia del Derecho contractual europeo (que daría lugar, pocos meses después, a la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea[42] (en adelante, Reglamento CESL), y a la presentación de un Libro verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo –COM(2010) 348 final- que incluyó la opción de centrarse en los contratos electrónicos), así como la protección de los derechos de los consumidores, cuando adquirían bienes y servicios por medios electrónicos.

En este ámbito, el de la protección de consumidores, la Comisión había encargado años antes un estudio a un grupo de expertos independientes, que en las conclusiones que presentaron en 2011 señalaban la conveniencia de adoptar una norma dirigida específicamente a la protección de consumidores cuando adquiriesen productos mediante el comercio electrónico. Esta propuesta, que fue efectivamente barajada, se descartó finalmente por la Comisaria de Justicia y Vicepresidenta de la Comisión, Vivianne Reding, quien centró sus esfuerzos en conseguir la aprobación por el Consejo de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, esfuerzos que devendrían infructuosos.

[42] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. Documento COM/2011/0635 final. Bruselas 11 de octubre de 2011. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635. Verificado el 21 de octubre de 2024.

Estas líneas estratégicas ya establecidas en 2010, fueron relanzadas por la Comisión Juncker con la Estrategia MUD, adoptada por la Comisión Europea el 6 de mayo de 2015, y dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Esta comunicación se acompañó de un documento de trabajo de la Comisión, que recogía de manera más extensa las conclusiones a que habían llegado sus servicios en los análisis preparatorios de la Comunicación[43].

En la Estrategia MUD se apuntaban dos condiciones esenciales para impulsar una economía europea en plena transformación hacia lo digital: por un lado, mejorar la accesibilidad de ciudadanos y empresas a la actividad comercial digital que pueda ejercerse con facilidad y en un régimen garantizado de competencia. Por otro, el mantenimiento efectivo de las cuatro libertades básicas de circulación (personas, capitales, bienes y servicios)[44] en el mercado único. Ello exigía –lo recogía también el documento-, mejorar la infraestructura de servicios a fin de garantizar ese acceso igualitario y sencillo, pero también asegurar una armonización normativa que evite la disparidad de regulaciones entre Estados miembros de la Unión, particularmente en lo relativo a la protección de consumidores. Lo cual es también imprescindible para incrementar la confianza del consumidor en el comercio electrónico transfronterizo.

La Estrategia MUD se organizó en torno a tres ejes: 1) mejora del acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en la Unión; 2) creación de unas condiciones adecuadas y equitativas para el éxito de las redes

[43] Documento de trabajo de la Comisión "A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence". Bruselas, 6 de mayo de 2015. Documento SWD(2015) 100 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015SC0100 . Verificado el 30 de septiembre de 2024. En ella se reflejan con más detalles otros aspectos como el reto que el mercado único digital representa para los sistemas de tributación directa en la EU (anexo II, "The challenge for direct tax systems"), o los problemas de acceso a la financiación de los emprendedores digitales (anexo I "Access to finance for digital entrepreneurs"). Resulta asimismo interesante el extenso apartado final "References and data sources", que recoge la bibliografía, fuentes y documentos consultados por los servicios de la Comisión para la elaboración de las Estrategia MUD.

[44] "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 La importancia de preservar la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales". Comunicación "Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa citada", p. 3.

digitales y los servicios innovadores, y 3) aprovechamiento máximo del potencial de crecimiento de la economía digital[45].

Se establecían, en relación con estos ejes, objetivos concretos que debían abordarse principalmente mediante propuestas normativas. Estos objetivos eran: eliminar los obstáculos a la actividad transfronteriza *online* originados por las diferencias regulatorias entre Estados miembros en el Derecho contractual y de propiedad intelectual; propiciar servicios de paquetería trasfronteriza de alta calidad que incrementasen la confianza de los consumidores en el comercio electrónico transfronterizo; asimismo, impedir la discriminación injustificada de consumidores y empresas cuando intentasen adquirir contenidos, servicios o bienes a través del comercio electrónico en la Unión (mediante el llamado "bloqueo geográfico" o geobloqueo, entendiendo este término como la restricción técnica mediante la cual los proveedores de bienes y servicios digitales pueden impedir el acceso o la adquisición vía comercio electrónico de bienes, contenidos o servicios digitales, cuando estos se ofrecen por Internet desde otros Estados miembros).

También, y atendiendo a las infraestructuras de comunicaciones, el objetivo que se marcaba en la Estrategia era crear las condiciones que permitiesen el desarrollo de redes de comunicaciones electrónicas y servicios "fiables, fidedignos, de alta velocidad y asequibles". Para ello señalaba la Comisión la necesidad de revisar el marco regulatorio de las telecomunicaciones, para hacerlo más efectivo, igualitario y atractivo para los inversores en redes de banda ancha de alta velocidad.

La importancia de la Comunicación sobre la Estrategia MUD es evidente, a la vista de las normas jurídicas adoptadas por la UE en los seis años siguientes, y que constatan el carácter prioritario que la regulación del fenómeno digital adquirió desde el punto de vista del impulso normativo que en la Unión tiene atribuido la Comisión. No solo se culminó la reforma del régimen jurídico de Protección de datos, con la aprobación del RGPD en 2016 (y la Directiva 680/2016[46], de menor relevancia

[45] Estrategia MUD. Introducción.

[46] Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DOUE L 119 de 4.5.2016.

para este trabajo), sino que se adoptaron entre otras las directivas DSCD -objeto principal de nuestro estudio- y la Directiva 771/2019[47] (en adelante, DCL), y se reformó el marco regulatorio de las comunicaciones electrónicas; también, la reforma en 2018 de la Directiva adoptada en 2010 sobre comunicación audiovisual[48].

En 2017 la Comisión publicó una revisión intermedia de la Estrategia MUD[49], en la que se insistía en la necesidad de proseguir, sin pérdida de tiempo, materializando los compromisos políticos adquiridos en la Estrategia. Varias de las propuestas se encontraban en ese momento negociándose entre el Parlamento Europeo y el Consejo, y la Comisión, en esta revisión intermedia, aprovechaba para reiterar la necesidad de avanzar rápidamente en su adopción[50].

La planificación para el desarrollo del MUD se complementa con otros documentos estratégicos en áreas concretas, como la Comunicación de 2018 "Inteligencia artificial para Europa"[51], la previa Estrategia de ciberseguridad de la

[47] 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.° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. DOUE L 136, de 22.5.2019.

[48] Directiva (UE) 2018/1808 de 14 de noviembre de 2018 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. DOUE L 303, 28.11.2018.

[49] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital "Un mercado único digital conectado para todos". Documento COM(2017) 228 final. Bruselas, 10 de mayo de 2017. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52017DC0228 . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Esta comunicación se acompañaba de un anexo en que se daba cuenta del estado de cada una de las iniciativas incluidas en la Estrategia MUD, que en lo relativo a la DCSC, se limitaba a señalar que la propuesta había sido adoptada por la Comisión el 9 de diciembre de 2015.

[50] "La presente revisión intermedia deja claro que no hay más tiempo que perder para convertir los compromisos políticos en realidad. Insta a seguir centrando la atención en los grandes asuntos que exigen una respuesta común, a hacer inversiones sustanciales en infraestructuras y capacidades y a crear las condiciones que permitan a los Estados miembros, las empresas y los ciudadanos innovar y beneficiarse de las ventajas de la digitalización. […] La Comisión tiene el compromiso de avanzar con los Estados miembros, las partes interesadas y los interlocutores sociales. Un primer paso debería ser un acuerdo rápido de los colegisladores sobre las propuestas formuladas en la Estrategia para el Mercado Único Digital que ahora son objeto de su consideración. El Consejo Europeo desempeña un papel crucial para proporcionar el impulso político necesario que lleve a adoptar y aplicar rápidamente esas propuestas. Solo el compromiso firme de todos permitirá a la UE hacer realidad un mercado único digital operativo."

[51] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Inteligencia artificial para Europa". Documento COM(2018) 237 final.

UE[52]. Asimismo, debemos referirnos a la comunicación de 2020 "Configurar el futuro digital de Europa"[53], documento que busca mantener el impulso estratégico para la digitalización de la UE, incluido también como objetivo político de la primera Comisión Van der Leyden (2019-2024). En este nuevo impulso estratégico se ha tratado de reorientar el objetivo de la digitalización económica y social de la UE hacia nuevos objetivos ligados al refuerzo de los valores democráticos y economía sostenible (Perea Ortega, 2021:42). No es descartable que la segunda Comisión Van der Leyden (2024-2029), que al concluir estas líneas se encuentra a punto de iniciar su mandato, revise o reoriente estos objetivos añadidos en 2020 a la Estrategia MUD.

Las áreas que, en aplicación de la estrategia publicada en 2020, ha centrado sus avances la Comisión en el período 2019-2024 han sido la conectividad, las cadenas de valor digitales, la sanidad electrónica, la economía de los datos y, con mayor visibilidad, la inteligencia artificial y plataformas digitales, si bien manteniendo como elemento central de atención la regulación del dato.

Una característica de la evolución de las tecnologías digitales en los últimos años ha sido la creciente importancia adquirida por los datos como "facilitadores de la transformación digital de la sociedad" (Martínez Alba. 2021:78), así como el rápido desarrollo de la inteligencia artificial en los últimos años.

Se ha adoptado también un programa financiero específico para contribuir, por medio de la concesión de ayudas económicas, a acelerar la transformación digital de la economía y sociedad europeas (Programa Europa Digital)[54].

Bruselas, 25 de marzo de 2018. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[52] Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro". Documento JOIN/2013/01 final. Bruselas, 7 de febrero de 2013. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A52013JC0001 . Verificado el 30 de septiembre de 2024

[53] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Configurar el futuro digital de Europa". Documento COM(2020) 67 final. Bruselas, 19 de febrero de 2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52020DC0067 . Verificado el 30 de septiembre de 2024

[54] Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240. DOUE L 166 de 11.5.2021.

Se expondrán a continuación, de forma necesariamente sucinta, los pasos que dados por el legislador de la Unión en estos últimos años para implementar la Estrategia MUD en cada una de las áreas señaladas como de actuación necesaria. En algunos casos la actuación ha implicado la actualización y revisión de ámbitos ya regulados (comunicaciones electrónicas, consumidores, competencia). En otras, ha requerido regular materias no abordadas hasta el momento (contratos de suministro de contenido y servicios digitales), pero que han requerido su atención, siempre desde el ámbito competencial propio del legislador de la Unión, del respeto a los principios de subsidiariedad y atribución que rigen su actuación respecto de los Estados miembros de la UE.

Señalan Schulze y Studaudenmayer (2020:2) que el reto que supone para el Derecho primario y secundario de la Unión Europea desarrollar el marco legal de la digitalización se extiende a numerosas políticas normativas, como el Derecho de la competencia, el de propiedad intelectual, la protección de consumidores e incluso la cooperación judicial.

A estos diferentes ámbitos jurídicos haremos referencia seguidamente, comenzando por una cuestión capital y que ha sido tempranamente abordada: la necesidad de que los proveedores de servicios y contenidos digitales no limiten injustificadamente el ámbito territorial al que, dentro del mercado único, deben poder acceder los consumidores de la Unión.

Particular atención en este estudio requiere la protección de datos personales. De Miguel Asensio (2008:157) afirma que el desarrollo del entorno digital va necesariamente unido al desarrollo de instrumentos de protección esenciales para garantizar la posición y derechos de las personas, que además de la protección de consumidores, incluye la protección de datos personales, apuntando ya en ese año de 2008 que los datos se perfilaban como una modalidad de información especialmente valiosa como activo económico en el nuevo entorno, pero plantea riesgos sin precedentes al derecho de autodeterminación informativa. La importancia de la normativa en este campo, en relación con la DCSD llevará a dedicarle una atención especial en este trabajo.

3.- El acervo UE sobre contratos de consumo

A) Caracteres definitorios del Derecho de consumo

Si existe un ámbito normativo en que la Unión Europea, en el marco de la armonización del derecho de contratos, ha experimentado un verdadero impulso, ese es sin duda el de la protección de consumidores. Al respecto, subraya Fernández-Tresguerres (2021:175) el carácter transversal de la acción dirigida a la protección del consumidor en todo el Derecho europeo.

La exposición de dichos avances resulta relevante en este estudio por cuanto la normativa relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales es, en buena medida, tributaria del régimen de protección de los consumidores, y ello explica también los avances alcanzados y que expondremos al analizar este tipo de contratos.

Para introducir la cuestión, resulta interesante lo que señala Artigot Golobardes (2022:284), cuando afirma, con carácter general, que la protección al consumidor tiene por objeto asegurar su soberanía en el mercado, y ello se articula asegurando, primero, derechos de información, educación y representación; segundo, protegiendo su salud y su seguridad; en tercer lugar, protegiendo sus intereses económicos. Lo esencial de su régimen de protección, según la misma autora, es la participación del consumidor como agente en el mercado, lo que tiene lugar cuando contrata con un empresario o profesional.

El Derecho de consumo presenta rasgos propios que han justificado doctrinalmente su autonomía, y explican su carácter transversal y ecléctico, también en el ordenamiento jurídico de la Unión. Cámara Lapuente (2018:8) incluye entre estos rasgos los siguientes: 1) interdisciplinariedad (las normas sobre protección de consumidores tienen origen en el Derecho civil, mercantil, administrativo, procesal, penal e internacional privado); 2) heterogeneidad de las materias que abarca -que son abordadas también por otras leyes y normas sectoriales-; 3) unidad funcional -establecida sobre el criterio de la inferioridad del consumidor en la

relación jurídica-; 4) carácter imperativo de las normas y de los derechos reconocidos al consumidor, entendiendo que dichas normas forman parte del orden público que limita la libertad contractual.

Otro elemento necesario es el contrato de consumo, a través del que se produce la intervención del consumidor en el mercado. Artigot Golobardes (2022:285), en relación al contrato de consumo, destaca cómo se articula esencialmente a través de condiciones generales de la contratación (es decir, de cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente con el empresario, que es la parte que las diseña e impone). Es la respectiva posición de las partes que intervienen en el contrato de consumo lo que determina el desequilibrio entre las mismas, y no la identidad de ellas.

B) La protección del consumidor en el acervo de la Unión Europea

La normativa UE sobre protección de los consumidores es necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado único, así como para que dichos consumidores tengan un papel activo en el mercado y se puedan beneficiar del mercado único también en su dimensión digital[55].

El Derecho de consumo de la UE atiende a que los productos que se ofrecen en el mercado único sean seguros, que exista una adecuada competencia entre quienes los ofrecen, y a que los consumidores puedan adoptar sus decisiones de consumo debidamente informados y de acuerdo con sus preferencias. También, a asegurar una adecuada información y capacidad de decisión de los consumidores,

[55] "EU consumer protection laws aim at empowering consumers to play an active role and fully benefit from the Digital Single Market. However, the digital transition is introducing both improvements and challenges to business-to-consumer markets. There are increasing concerns that new technologies and data-driven practices are used to undermine consumer choice and to influence them to take decisions that go against their interests. This could reduce consumer trust and limit the effectiveness of the current rules in the digital environment." Documento de trabajo de la Comisión "Fitness check of EU consumer law on digital fairness", SWD(2024) 230 final, Bruselas 3 de octubre de 2024. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en . Verificado el 21 de noviembre de 2024.

asegurando que la información que se les ofrece sea correcta, transparente y adecuada a la realidad del producto (Artigot Golobardes. 2022:285)[56].

Resulta necesario, a los efectos de este estudio, indagar en la normativa de consumo de la UE, en la que se inserta la DCSD que nos ocupa. Es así preciso, presentar las principales disposiciones que integran esta área del acervo UE, estableciendo qué normas tienen carácter general y respecto de las que, por ello, la DCSD constituirá una regulación especial que se verá completada en aspectos no regulados por estas otras normas UE de consumo de aplicación general, como son las la DDC, la normativa sobre cláusulas abusivas o la normativa sobre compraventa de consumo y sus garantías, a la que ha venido a reemplazar la DCL, norma gemela a la que principalmente nos ocupa.

Las primera directivas en materia de protección de consumidores en su actividad contractual, más "prescriptivas que basadas en principios"[57], vieron la luz en los años noventa del pasado siglo, si bien pronto quedaron obsoletas dadas las innovaciones tecnológicas de la primera década del S. XXI. Los cambios experimentados en los mercados y la generalización de las compras por Internet llevaron a la Comisión Europea a plantearse, en un ejercicio iniciado en 2004 y que culminaría en 2011, la revisión del acervo en materia de consumidores.

La desconfianza inicial del consumidor hacia la compra de productos por Internet ofertados desde otros EEMM, debido a la inseguridad sobre la obtención de un régimen de protección similar al nacional (por ejemplo en cuanto a la duración del plazo de retroacción del contrato), llevó a la Comisión a plantearse la revisión de un sistema de directivas sectoriales asistemáticas, con escasa definición de sus ámbitos respectivos de aplicación, y sin una base común en cuanto a definiciones y principios.

[56] Otro elemento que resalta la importancia de este ámbito de regulación en la UE, que también pone de relieve Artigot Golobardes (2022:293) es la falta de competencia de la UE en materia de Derecho privado, y cómo el Derecho de consumidores ha sido la competencia a través de la cual la UE ha influido y, en alguna medida, introducido un régimen superpuesto a la normativa de los EEMM en materia de contratos con consumidores, particularmente en materia de incumplimiento contractual. Como se expondrá más adelante, ejemplo paradigmático de ello es el régimen de conformidad que establece la DCSD, una de las espinas dorsales de la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

[57] Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. Bruselas, 8.2.2007 COM(2006) 744 final.

Es interesante tener en cuenta que, sobre los impulsos y la renovación periódica que ha experimentado el acervo sobre protección de consumidores en la UE, Markou (2017:180) señala como la política de consumidores de la Unión ha venido siempre establecida mediante normas que atendían prioritariamente a facilitar el desarrollo del mercado interior, en el que alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores era un objetivo importante pero secundario.

Destacable resulta la reflexión que ofrece De Miguel Asensio (2008:155), en cuanto a que la normativa reguladora de la contratación electrónica en el seno de la UE tenía como objetivo básico establecer un marco jurídico que asegurase a los consumidores en el entorno digital una "posición equivalente" a la propia de la contratación de consumo en el marco físico tradicional, lo que dicho autor considera esencial no solo para la adecuada tutela de los consumidores, sino también para posibilitar el desarrollo adecuado del comercio electrónico. Nuevamente, la idea de que la confianza y seguridad jurídica del consumidor es un requisito imprescindible para el desarrollo del comercio en el nuevo marco digital.

El acervo vigente en materia de Derecho de consumo en la UE, en el año 2006, estaba integrado por las siguientes normas:

-Directiva 85/777/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales[58]. Esta Directiva fue incorporada al Derecho español en virtud de la Ley 26/1991, de 21 de diciembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, hoy sustituida por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

-Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados[59] (derogada hoy por la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y

[58] DOUE L 372, 31.12.1985.
[59] DOUE L 158, 23.6.1990.

a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo[60]).

-Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[61]. Aunque en ella no se regula de manera específica el comercio por medios electrónicos, resulta particularmente relevante esta Directiva por aplicarse a todos los contratos B2C. Establece una armonización de mínimos en la materia (si bien dicho umbral puede ser elevado por las legislaciones nacionales); además, los regímenes de condiciones generales empleadas en la contratación en masa celebrador a través de Internet con consumidores quedan sujetos a su regulación (De Miguel Asensio. 2023:364). Además, quizá sea la Directiva que ha dado lugar a una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección de consumidores (sin duda debido al escueto carácter de la Directiva, que ha requerido múltiples ejercicios de interpretación para atender los distintos supuestos prácticos a que se ha enfrentado su aplicación). Esta jurisprudencia no cesa de enriquecerse con nuevos pronunciamientos, que si bien en buena medida afectan al contratos celebrados con entidades financieras, incluso en tales casos aportan en ocasiones criterios interpretativos de general aplicación[62].

-Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido[63] (hoy derogada por la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14

[60] DOUE L 326, 11.12.2015.
[61] DOUE L 95, 21.4.1993.
[62] Véanse por ejemplo las recientes conclusiones presentadas el 18 de enero de 2024 por la Abogada General Medina en el asunto *Caixabank y otros*, C-450/22, ECLI:EU:C:2024:64. Se trata de una cuestión prejudicial española que plantea la posibilidad de efectuar el control de abusividad respecto de condiciones generales de la contratación aplicadas a contratos de crédito hipotecario, sin atender necesariamente a las concretas condiciones e informaciones individuales que se ofrecieron al consumidor. Siendo una cuestión planteada en el ámbito de los contratos bancarios de préstamo hipotecario, la interpretación del Tribunal de Justicia podría perfectamente trasladarse a las condiciones generales de los contratos celebrados por vía electrónica para el suministro de contenidos y servicios digitales.
[63] DOUE L 280, 29.10.1994.

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[64]).

-Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia[65] (hoy derogada por 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[66]).

-Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores[67] (hoy derogada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 , relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores[68]).

-Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores[69].

-Directiva 99/44/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[70].

[64] DOUE L 33 de 3.2.2009.
[65] DOUE L 144, 4.6.1997.
[66] DOUE L 304 de 22.11.2011.
[67] DOUE L 80, 18.3.1998.
[68] DOUE L 110 de 1.5.2009.
[69] DOUE L 166, 11.6.1998.
[70] DOUE L 171, 7.7.1999.

Trece años después de la adopción de la primera Directiva de 1985 sobre protección de consumidores mencionada en esta relación, los datos económicos sobre el comercio electrónico demostraban una realidad radicalmente distinta. En 2012, un 57% de los productos adquiridos por vía electrónica eran contenido digital (música, programas de ordenador, videojuegos y libros electrónicos), y en 2013, la recaudación mundial por la adquisición online de videojuegos (70.000 millones de euros) había duplicado la recaudación de la taquilla mundial del cine (datos obtenidos en Cámara Lapuente. 2018: 392). Ello justificaba plenamente el que se abordase una nueva regulación sobre protección de consumidores, con un enfoque general y que, por primera vez, incluía los contenidos digitales, considerando además que desde que ese adoptó la DCE, el Derecho de consumo de la Unión Europea no había sido adaptado a los cambios técnicos y sociales aparejados al nuevo entorno digital[71].

C) La Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores

Esto cambió con la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores (DDC), adoptada como consecuencia del ejercicio que a tal efecto inició la Comisión Europea en 2004. En el Libro verde que a tal efecto se aprobó en 2007[72], la Comisión hizo especial énfasis en lo ya mencionado: que el enorme cambio tecnológico acarreado por la digitalización no tenía reflejo alguno en la normativa de consumidores entonces en vigor (fundamentalmente integrado por las directivas 93/13/CEE, 1999/44/CE y 97/7/CE, ya mencionadas).

Hacía notar la Comisión, como decimos, el muy bajo porcentaje de consumidores que en la Unión celebraban contratos digitales transfronterizos, debido en buena medida a la inseguridad que sobre sus derechos como

[71] "Desde el año 2000 […] el legislador de la Unión Europea prácticamente no había revisado y adaptado sus principales reglas de protección del consumidor al nuevo contexto que, en particular desde 2005, se ha generado a raíz de la expansión de las redes sociales y la web 2.0, la proliferación de contenidos digitales y sus formas de distribución, el almacenamiento en la nube, etc." (Cámara Lapuente. 2018:393).
[72] Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. Documento COM(2006) 744 final. Bruselas 8 de febrero de 2007. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0744 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

consumidores generaba, a la hora de plantearse una compra fuera de sus fronteras, la diferencia de marcos regulatorios aplicables que resultaban de las diferentes legislaciones de cada EM[73].

También en el Libro verde de 2007 se hacía repaso de los nuevos retos que debían afrontarse para mantener un régimen protector de los consumidores adaptado al nuevo escenario, marcado por un enorme crecimiento del comercio de productos y servicios digitales, las nuevas formas de relación entre empresarios y consumidores propiciadas por los canales digitales o la modificación del tradicional comercio de bienes físicos y de la venta a distancia clásica por los canales postales.

A fin de resolver, entre otras, esta importante deficiencia diagnosticada por el mencionado Libro verde de 2007, se presentó por la Comisión una nueva propuestas el 8 de octubre de 2008, que vería la luz en el DOUE el 22 de noviembre de 2011 como la Directiva 2011/83/UE[74]. La nueva norma debía transponerse por los Estados miembros antes del 13 de diciembre de 2013, con el fin de que fuera aplicable en todos ellos a partir del 13 de junio de 2014.

La Directiva incluyó por primera vez normas específicas para los contratos de suministro de contenidos digitales, tanto en materia de información –sobre la interoperatividad y funcionalidad de dichos contenidos-, como para regular un efectivo derecho de desistimiento que no implicase coste para el consumidor que había adquirido dichos contenidos. La Directiva introdujo normas plenamente armonizadas para los contratos celebrados por medios digitales y los celebrados fuera del establecimiento para bienes y servicios, así como para los contenidos digitales, en relación con los cuales se establecieron normas relativas a la obligación de informar sobre la funcionalidad, la interoperatividad y el derecho de desistimiento[75].

[73] Libro Verde de 2007 sobre la revisión del acervo en materia de consumo (citado). Apdo. 7.

[74] 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. DOUE L 304 de 22.11.2011.

[75] Establecidas, respectivamente en el artículo 5, apartado 1, letras g) y h); artículo 6, apartado 1, letras r) y s); artículo 9, apartado 2, letra c); artículo 14, apartado 4, letra b); y artículo 16, letra m), todos ellos de la a Directiva 2011/83/UE.

Se daba con ello satisfacción a la necesidad de asegurar respecto de los contratos electrónicos un nivel de protección de consumidores equivalente al aplicable a las transacciones tradicionales, a fin de generar en los consumidores de la UE una confianza suficiente en el mercado electrónico, al tiempo que reducir sus riesgos consustanciales. En la reflexión antes apuntada, De Miguel Asensio (2023:363) cita entre tales riesgos los que este autor refiere como "las declaraciones negociales impulsivas, la imposibilidad de inspeccionar físicamente los productos, la potencial falta de estabilidad de la contraparte en la medida en que se contrata con un establecimiento virtual; o el empleo generalizado de los contratos de adhesión mediante condiciones generales predispuestas por el empresario".

Resulta interesante, cómo recuerda Cámara Lapuente (2018:397), que la propuesta inicial de la Comisión no contenía norma alguna sobre protección del consumidor de contenidos digitales, y que fue la presentación de la "Agenda Digital para Europa", en mayo de 2010, la que plasmó el interés de la Comisión por atender y mejorar los derechos de los consumidores que adquirían productos digitales, Ello se recogió en el Libro verde de 2010 sobre Derecho contractual europeo[76], cuya revisión siguió un proceso de reflexión paralelo al lanzado por la Comisión sobre la reforma del Derecho de consumo al que estamos aludiendo. Las interacciones entre ambos fueron evidentes, y reflejan los esfuerzos de la Comisión en aquellos años por determinar la mejor manera de regular los contratos de suministro de contenidos digitales, en los que se encuentra el germen de la DCSD objeto primordial de nuestra atención, de los que Cámara Lapuente (2018) ofrece una síntesis clarificadora[77]. Al

[76] Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. Documento COM(2010)348 final. Bruselas, 1 de julio de 2010. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:es:PDF. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[77] "Pues bien, el paso a la acción para el cambio de paradigma tanto en el seno de las estrictas normas de protección de los consumidores como en el eventual y más amplio Derecho contractual europeo se inició incluso antes con la licitación pública y encargo por la Comisión Europea de dos estudios, uno económico y otro jurídico, ya a finales de 2009, para valorar la forma de adoptar reglas específicas sobre la protección del consumidores de contenidos digitales, sobre la base de un detallado análisis del Derecho comparado de once ordenamientos jurídicos incluido el español. El estudio jurídico se concluyó y presentó el 1 de junio de 2011. Aunque durante su elaboración se trabajó con el designio de la Comisión Europea de la posibilidad de alumbrar una Directiva específica sobre la protección del consumidor de contenidos digitales (no descartada aun en la actualidad), finalmente los resultados y sugerencias de dicho estudio sirvieron para nutrir algunas de las soluciones adoptadas tanto en la Directiva 2011/83 como en la propuesta de Reglamento CESL, ambos de octubre de 2011. También desde el Parlamento Europeo se solicitó un informe sobre la conveniencia de incorporar los contenidos digitales a la Directiva. La prueba de que estas soluciones se aprobaron en una fase muy prostrera del proceso legislativo y tras una decidida

respecto, Markou (2017) resalta el injustificado ensombrecimiento de la DCSD por la propuesta de CESL[78], cuando aquella ha constituido una aportación notable al acervo de consumidores[79].

Preciso es por ello apuntar que, junto a la Directiva 1999/44/CE a la que derogó, la DCL, debe considerarse el precedente normativo inmediato de la DCSD (dado que, por su fracaso, no pudo serlo el Reglamento CELS). Es conveniente para facilitar el trabajo posterior que expongamos con más detalle las normas aplicables a estos contratos que se encontraban vigentes cuando la DCSD vio la luz en 2019.

La DDC no fue, como pudo quererse presentar, una mera actualización continuista de la reglamentación preexistente, sino que abordó por primera vez cuestiones importantes que atañen a los contratos electrónicos. Entre ellas, la relevante cuestión de la información que el consumidor debe recibir del comerciante antes de quedar vinculado por un contrato a distancia, que se establecía con carácter obligatorio e inmodificable, uniformizando la cuestión (artículo 4).

Entre estas obligaciones de información ya se incluían cuestiones especialmente relevantes para los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, como la de informar cuando proceda al consumidor, de forma clara y comprensible, de "la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables" o de "toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante, o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer" (artículo 5. 1, letras g) y h)).

---

intervención al respecto de la comisaria europea Viviane Reding, está en que se incluso el Grupo de expertos que redactó el primer borrador del CESL (el llamado *Feasiility Study* o "Estudio de viabilidad", publicado del el 3 de mayo de 2011), descartó incorporar en él reglas especiales del consumidor de contenidos digitales, aunque la Comisión Europea abrió un breve proceso de consulta sobre la necesidad de integrar estas reglas, como finalmente sucedió unos pocos meses después en el CESL " (Cámara Lapuente. 2018:398)

[78] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea. Documento COM(2011) 635 final. Bruselas, 11 de octubre de 2010. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[79] "The DCR [Directive on Consumers Rights] has been overshadowed by the publication of the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, somewhat 'unfairly`, not just because that initiative has eventually been withdrawn. The DCR is a significant `consumer protection' measure and a remarkable addition to the consumer *aquis.* Amongst others, it comprehensively regulates distant (including online) contracts, which are increasingly becoming a main contracting mode accounting for a substantial amount of consumer contracts". Markou (2017:371).

El incumplimiento de estas obligaciones por los empresarios y comerciantes llevaba aparejadas consecuencias económicas, a fin de asegurar la correcta ejecución de las garantías de los consumidores, por ejemplo haciendo recaer los costes de la devolución del producto en caso de desistimiento por el consumidor (artículo 6, 6.), o extendiendo el plazo en que puede desistir del contrato (artículo 10), en aquellos casos en que el vendedor no hubiese cumplido correctamente sus obligaciones de información.

Por primera vez, el acervo normativo de la UE regulaba de manera específica los contratos de suministro de contenidos digitales, que hasta entonces habían permanecido huérfanos de toda regulación en el Derecho de consumo de la UE.

Resulta interesante, con la perspectiva del momento actual, atender al impacto que las disposiciones incluidas en la DDC tuvieron en el comercio electrónico de la Unión durante los primeros años. El informe sobre la aplicación de dicha Directiva, presentado por la Comisión Europea el 23 de mayo de 2017, en cumplimiento de lo previsto en su artículo 30, ofreció datos del impacto positivo que la nueva regulación había tenido en el impulso del comercio electrónico transfronterizo, si bien en términos que no pueden calificarse sino de meramente indicativos de una tendencia positiva. Por otro lado, señalaba el efecto que, en términos de mayores costes, implicaban las nuevas obligaciones impuestas por la DDC a empresarios y comerciante, particularmente PYMES.

D) Evolución actual del Derecho UE de consumo

Tras la importante actualización que para el Derecho de consumo de la UE supusieron las normas aprobadas en 2019 (con la adopción de la DCL y la DCSD a las que se hará ámplia referencia, o la Directiva 2019/2161[80] sobre mejora y modernización de las normas de consumidores en la UE), un nuevo proceso de

[80] 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. DOUE L 328 de 18.12.2019.

revisión de esta normativa se inició en 2021, determinado por la necesidad de volver a acompasar la legislación al acelerado tanto al incesante cambio de la tecnología digital, como a las carencias y necesidades que la pandemia de COVID-19 puso de manifiesto en relación con las normas sobre seguridad de los productos y de crédito al consumo.

A tal fin la Comisión presentó en 2020 una Comunicación[81] denominada "Nueva agenda del consumidor". En ella, entra otras cuestiones, y en relación con nuestro objeto de estudio, advertía de que la pandemia de COVID-19 había aflorado riesgos para el consumidor en la contratación en línea que resulta preciso abordar[82].

Además de incluir entre sus objetivos una posible reforma de la DCL para articular un efectivo derecho de reembolso a favor del consumidor, se vuelven a abordar los retos y riesgos que la transformación digital comporta para el consumidor, que mueven a considerar la necesidad de nuevas medidas para proteger su autodeterminación informativa[83]. Ello nos conecta directamente con cuestiones que se abordan más adelante, relacionadas con la normativa de Protección de datos de carácter personal, y su carácter esencial para un comercio

[81] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Nueva Agenda del Consumidor Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible". Documento COM(2020) 696 final. Bruselas, 13 de noviembre de 2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0696#:~:text=Nueva%20Agenda%20del,2020/696%20final . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[82] Otro motivo de preocupación que ha salido a la luz durante la pandemia es el aumento de las estafas a los consumidores, las técnicas de comercialización engañosas y el fraude en las compras en línea, de los que han sido y siguen siendo víctima un número creciente de consumidores. La lucha contra tales prácticas comerciales deshonestas ha requerido una estrecha colaboración entre la Comisión y las autoridades nacionales competentes. Teniendo en cuenta su papel central para facilitar el comercio en línea, la Comisión también ha intensificado sus contactos con las principales plataformas en línea, quienes adoptaron medidas eficaces para prevenir y reaccionar al contenido ilícito pertinente". Comunicación de 2021 "Nueva agenda del consumidor", apdo. 2.

[83] Nueva Agenda del consumidor. Apdo. 3. 2: "La transformación digital está cambiando de forma radical las vidas de los consumidores, brindándoles más oportunidades y ofreciéndoles una mayor variedad de bienes y servicios. Al mismo tiempo, puede hacer que les resulte más difícil tomar decisiones informadas y proteger sus intereses. La recopilación y el tratamiento de los datos correspondientes en combinación con el análisis del comportamiento de los consumidores y de sus sesgos cognitivos pueden utilizarse para influir en ellos y hacer que tomen decisiones que pueden ir en contra de sus intereses. Esto puede limitar la eficacia de las normas actuales diseñadas para proteger a los consumidores en el entorno digital, entre otras cosas, contra las prácticas comerciales desleales. La Directiva sobre la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores y la Directiva relativa a los contenidos digitales constituyen pasos importantes para abordar algunos de estos desafíos. Teniendo en cuenta el ritmo acelerado de los avances tecnológicos y su impacto en la experiencia de los consumidores, se necesitan medidas adicionales".

electrónico, en particular de contenidos y servicios suministrados en línea de manera confiable.

Esta Comunicación de 2020 dio lugar a la iniciativa denominada "*New Deal for Consumers*", que se ha traducido en una Directiva sobre acciones de representación para la protección de intereses colectivos[84], y una segunda Directiva para la mejora de la aplicación y la modernización de la normativa aplicable a consumidores, la ya citada Directiva (UE) 2019/2161. Estas normas, negociadas y adoptadas con bastante celeridad, han supuesto un paso más en la evolución del Derecho de consumo de la Unión, tras las lecciones aprendidas durante la pandemia de COVID -19 que, paradójicamente, ha hecho avanzar de manera exponencial el comercio electrónico en la Unión, y con ello, ha obligado a cambiar el paso a los legisladores de la UE para no perder un impulso que ha superado con creces cualquier previsión en el desarrollo del mismo que se esperase alcanzar exclusivamente con propuestas legislativas previas a la pandemi.

Antes de finalizar este repaso del acervo de consumidores, al que se vincula directamente la DCSD objeto de este trabajo, debe reseñarse cómo el auge de la contratación en línea por consumidores en los últimos años ha obligado también a revisar previas directivas que, con algunos años ya de vida, no estaban adaptadas las características de estas nuevas modalidades comerciales[85].

Es por ejemplo el caso de las normas UE sobre medios de resolución extrajudicial de litigios de consumo. Por un lado, Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en relación con la cual se negocia en estos momentos una modificación presentada por la Comisión en 2023[86]. Como explica la Comisión en la exposición de motivos de su propuesta de

[84] Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. DOUE L 409 de 4.12.2020.

[85] Por ejemplo, y sobre la DCL, Artigot Golobardes (2022:295) señala en acertada expresión, que "[l]a creciente contratación en entornos digitales hizo inevitable la adopción de un nuevo instrumento que regulara de forma uniforme las transacciones presenciales y virtuales de forma que la decisión de compra no estuviese condicionada por el formato de esta sino por su objeto".

[86] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828. Documento COM(2023) 649 final. Bruselas,

reforma, la Directiva fue aprobada hace más de 10 años, y no está adaptada a las necesidades derivadas de las nuevas tendencias de consumo, y al hecho de que los consumidores están realizando muchas más compras de manera electrónica, incluso a empresarios establecidos fuera de la Unión Europea. Al tiempo, se han incrementado en este ámbito del comercio electrónico las prácticas desleales a través de las "interfaces en línea", a las que se encuentran expuestos los consumidores y que afectan a su confianza en esta modalidad comercial[87].

Esta propuesta de Directiva trata, entre otros objetivos, de adaptar el marco de los medios de resolución alternativos de disputas (conocidos como ADR por su acrónimo anglosajón), a los mercados digitales, sin perjuicio de la previsión que al respecto ya contiene el artículo 21 del Reglamento de Servicios Digitales[88] -que forma parte del sistema interno de reclamaciones que dicho reglamento impone establecer a los prestadores de plataformas, a fin de resolver las discrepancias que los destinatarios de sus servicios puedan tener en relación con las decisiones adoptadas por aquel en relación con el carácter ilícito o incompatible con las condiciones generales del prestador que pueda tener la información proporcionada a la plataforma por dichos usuarios-.

17.10.2023. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52023PC0649. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[87] "Los consumidores de la UE están realizando, de hecho, muchas más compras en línea, incluso a comerciantes de fuera de la UE. Lamentablemente, se ha producido en paralelo una mayor exposición a fenómenos como las prácticas desleales, a través de interfaces en línea, que distorsionan o menoscaban de manera sustancial, ya sea de manera intencionada o imprudente, la capacidad de los destinatarios de estos servicios de elegir o tomar decisiones de forma autónoma e informada (interfaces engañosas), la publicidad encubierta, las reseñas falsas, las representaciones distorsionadas de los precios o las falta de información precontractual importante. Estas tendencias también afectan en cierta medida a las compras fuera de línea, ya que los consumidores se ven cada vez más influidos por la comercialización digital, que incide en la afinidad de los consumidores por ciertas marcas y comerciantes específicos. Estas prácticas ponen en peligro la confianza de los consumidores en los mercados digitales y aprovechan la vulnerabilidad de los consumidores. En consecuencia, los consumidores necesitan tener a su disposición procedimientos eficientes para resolver litigios que cada vez son más complejos." Preámbulo de la Propuesta de Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Documento COM(2023) 649 final

[88] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). DOUE L 277 de 27.10.2022.

Igualmente, debe citarse la propuesta de Reglamento[89], actualmente en negociación, por el que la Comisión ha propuesto derogar el Reglamento (UE) n.º 524/2013 y suprimir la plataforma europea de resolución de litigios en línea. Esta plataforma constituía el segundo elemento establecido por el legislador de la UE –además de la ya mencionada Directiva 2013/11/UE-, en materia de reparación extrajudicial de consumidores. Dicha plataforma fue creada en 2016 y proporciona una infraestructura digital multilingüe a través de la cual los consumidores pueden solicitar a los comerciantes en línea la resolución de un litigio acudiendo a una entidad de resolución alternativa. Sin embardo, el escasísimo uso que se ha hecho de la misma por los consumidores de la UE (la Comisión cita un promedio de 200 asuntos en toda la UE por entidad de resolución alternativa al año) ha llevado a considerar que el coste que supone su mantenimiento no queda justificado por el uso que se hace de la misma.

Ambas propuestas normativas continúan su negociación en el Parlamento Europeo y el Consejo en el momento de cerrar estas líneas.

De cara al futuro inmediato, y también con el impulso dado por la "Nueva agenda del consumidor" de 2020 ya citada, la Comisión Europea ha sometido a tres importantes normas de este acervo de consumo (la DDC, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, y la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales[90]) a una revisión denominada *Fitness Check*, que tiene por objeto establecer en qué medida un conjunto de normas UE han contribuido o no a conseguir los objetivos políticos para los que se aprobaron, al tiempo que analiza posibles duplicidades o ineficiencias en la regulación[91]. En concreto, este proceso de

[89] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 524/2013 y se modifican los Reglamentos (UE) 2017/2394 y (UE) 2018/1724 en lo que respecta a la desaparición de la plataforma europea de resolución de litigios en línea.

[90] Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). DOUE L 149 de 11.6.2005.

[91] "A Fitness Check is a comprehensive evaluation of a policy area that addresses the extent to which a set of related EU legislative acts have contributed or not to attaining EU policy objectives. It is well suited to identifying regulatory overlaps, inconsistencies, synergies, digitalisation potential and cumulative impacts". Documento de trabajo de la Comisión "Fitness check of EU consumer law on digital fairness" (documento SWD(2024) 230 final, Bruselas 3 de octubre de 2024) , pág. 1. Disponible en

evaluación en curso analiza el impacto de las citadas directivas en el periodo 2017-2023, atendiendo en particular a su interacción con los desarrollos normativos más recientes adoptados en ese periodo, varios de ellos sobre los cambios impuestos por la tecnología digital (RMD, RSD, Reglamento IA, a que se hará referencia más tarde). Se analizan una amplia serie de indicadores y se evalúan los resultados obtenidos por dichas directivas, verdaderamente relevantes en los últimos años del derecho de consumidores en la UE.

Algunas de las conclusiones alcanzas en dicho *Fitness check* resultan particularmente interesantes para nuestro trabajo. Así por ejemplo, se afirma que el comportamiento de los consumidores no es el mismo en el ámbito de la contratación digital que en el mundo analógico. Se señala que una de las posibles causas de la menor efectividad de las normas de consumo analizadas ha podido ser la creciente divergencia entre la abstracción normativa del "consumidor medio", y la conducta real de los consumidores en el entorno digital[92]. Ello debido a una insuficiente comprensión de las prácticas comerciales digitales como el funcionamiento de la recogida de datos personales o el funcionamiento de los algoritmos, que han llevado a los consumidores, desde su posición de debilidad consustancial en la relación negocial, a adaptar su comportamiento prestando menor atención a las cláusulas contractuales o aceptando todas las "cookies" ofrecidas contra su verdadera preferencia.

Son estas cuestiones que tienen relevancia a la hora de analizar el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, cuya normativa, como veremos, en diversas ocasiones adopta soluciones que remiten a esa "abstracción normativa" del comportamiento esperable del consumidor medio, como vamos a ver en capítulos posteriores, por ejemplo en cuanto a la

https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en . Verificado el 21 de noviembre de 2024.

[92] The findings of the present Fitness Check suggest that the growing mismatch between the normative abstraction of the 'average consumer' and the realities of consumer behaviour in the digital environment undermines the effectiveness of EU consumer law. Consumers have limited comprehension about digital commercial practices, such as the functioning of the data collection ecosystem and algorithmic processes, coupled with their limited bargaining power and the constant exposure to information overload and dark patterns that target their behavioural biases. Consumers have adapted to this environment by paying less attention, agreeing to contract terms without reading them and accepting 'all cookies' against their own preference.". Ibídem, pág. 45.

determinación de los requisitos de conformidad objetivos, o en determinados aspectos de las medidas de reacción ante una falta de conformidad en el contenido suministrado.

Como siguiente paso en la normativa UE de Derecho de consumo, y a la vista de los resultados del *Fitness check* referido, se apunta ya a la posibilidad de que por la Comisión se presente una propuesta de reglamento bajo la denominación *Consumers Fairness Act*, que vendría a modificar la actual normativa de consumo en la UE precisamente para atender estas insuficiencias detectadas en la protección del consumidor cuando contrata en el entorno digital[93].

Para cerrar este repaso a la normativa UE sobre protección de consumidores, debe señalarse cómo, pese al desarrollo normativo tan destacado como el que se ha expuesto y su proceso de actualización en los últimos años, hay una continuidad clara en las preocupaciones del legislador, así como en los problemas detectados, comenzando por la necesidad de asegurar una efectiva aplicación del acervo adoptado en la materia.

Así lo ha puesto de relieve la opinión emitida el 5 de septiembre de 2024 -en formato de carta-, por la Comisión del Parlamento Europeo sobre Mercado Interior y Protección del Consumidor[94], al proyecto de presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2025, que concluye con el siguiente párrafo:

> *Destaca [la Comisión parlamentaria] la necesidad de financiación de la Unión para contribuir a garantizar un mayor cumplimiento por parte de los operadores económicos de las normas establecidas a escala de la Unión al introducir un producto o servicio en el mercado; pide, en este sentido, un aumento del presupuesto para financiar el desarrollo de las capacidades de la Unión, como las instalaciones de ensayo de la Unión, así como medidas para apoyar una mayor cooperación y sinergia entre las autoridades de vigilancia*

[93] Coslin, C, Kaddoum, H. (9 de octubre de 2024). *The Digital Fairness Act: the next big thing for online consumer protection in the EU?* Hogan Lovells. https://www.hoganlovells.com/en/publications/the-digital-fairness-act-the-next-big-thing-for-online-consumer-protection-in-the-eu . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[94] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-10-2024-0008_ES.html#_section11 . Verificado el 21 de octubre de 2024.

del mercado nacionales y a escala de la Unión, a fin de garantizar que los productos vendidos tanto en línea como fuera de línea sean seguros, y que se garantice la confianza de los consumidores, en particular para las compras transfronterizas y para las categorías de productos en situación de riesgo; pide a la Comisión que garantice una financiación suficiente a este respecto.

Es decir, que tras una larga evolución y las numerosas medidas legislativas adoptadas para asegurar la protección del consumidor y sus contratos en el mercado único, la confianza del consumidor en las compras transfronterizas -en las que el comercio en línea tiene un destacadísimo porcentaje[95]-, continúa siendo a día de hoy una de las principales preocupaciones del legislador de la UE.

E) El régimen armonizado de seguridad y responsabilidad civil por los productos

El régimen de seguridad y responsabilidad de productor defectuosos cierra esta limitada exposición del Derecho de consumo en la UE, que entendemos necesaria para abordar el análisis de la DCSD.

Como se ha dicho anteriormente, la seguridad de los productos ofrecidos en el mercado es uno de los elementos que integran el sistema de protección de los consumidores en la UE. Se integra por una serie de obligaciones que se impone a los oferentes de productos en el mercado, tanto anteriores a su introducción en el mismo –asegurándose que el producto es seguro-, como una vez que se encuentran en el mismo –proporcionando información a los consumidores sobre los riesgos que puede presentar el producto, monitorizando esa seguridad y, llegado el caso,

[95] Según las cifras publicadas por la CNMC en enero de 2024, la facturación del comercio electrónico superó en España los 20 mil millones de euros en el segundo trimestre de 2023, lo que constituye un 12,7 % más que el año anterior. La novena rama de actividad con mayor porcentaje de transacciones de comercio electrónico fue la suscripción a canales de televisión (un caso paradigmático de contratación de contenidos y servicios digitales). Un 55, 5 % de este volumen de negocio se produjo desde España con el exterior, arrojando el saldo neto exterior un déficit de 8.526 millones de euros. Fuente: CNMC. https://www.cnmc.es/prensa/ecommerce-2T23-20240105#:~:text=La%20facturaci%C3%B3n%20del%20comercio%20electr%C3%B3nico,disponibles%20en%20el%20portal%20CNMCData.&text=Fuente%3A%20CNMC. Verificado el 21 de octubre de 2024.

retirándolos del mismo si representan un verdadero riesgo- (Artigot Golobardes. 2022:287).

La importancia del marco jurídico existente en el Derecho UE sobre seguridad y responsabilidad de los productos ha sido destacada por la propia Comisión Europea[96], al considerar su existencia un factor de especial importancia en el actual contexto de desarrollo de nuevas tecnología digitales, que aborda un ámbito distinto del de la responsabilidad de los intermediarios y prestadores de servicios por Internet.

La existencia de un régimen claro de responsabilidad civil por daños derivados de productos defectuosos (y la prevención de tales daños mediante exigencias adecuadas de seguridad que se establecen fundamentalmente en la Directiva 2001/95/CE) es también necesaria en el marco de la contratación de productos y servicios digitales.

Y ello, a fin de garantizar una adecuada protección de los consumidores y una suficiente seguridad jurídica para las empresas. Esta preocupación por disponer de un régimen jurídico sólido y coherente en la materia ya había sido subrayada en la comunicación de la Comisión 2018 "Inteligencia artificial para Europa", considerando que el desarrollo de la IA, con las incertidumbres parejas a tal tecnología, lo hacían incluso más necesario.

Junto a esta preocupación, la Comisión, en su informe emitido en 2020, apreció que la UE cuenta con un "marco regulador solvente y fiable en materia de seguridad y responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, así como un conjunto sustancial de normas de seguridad, complementado por la legislación nacional no armonizada en materia de responsabilidad civil"[97].

[96] "La existencia de un marco claro en materia de seguridad y responsabilidad civil es particularmente importante cuando surgen nuevas tecnologías como la IA, el internet de las cosas y la robótica, para así garantizar tanto la protección de los consumidores como la seguridad jurídica para las empresas". Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, Documento COM(2020) 64 final, Bruselas, 19 de febrero de 2020, pág. 1. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[97] Ibídem, pág. 1.

A la hora de analizar el régimen normativo de la DCSD, es preciso tener presenta la existencia de un marco parcialmente armonizado en el acervo UE en materia de responsabilidad derivada de productos defectuosos. Como veremos, y aunque no se aborda de manera expresa entre los aspectos objeto de regulación por la DCSD (y pese a su remisión casi completa a las regulaciones nacionales), existen aspectos relevantes en este ámbito como los relativos a la responsabilidad de los daños causados al entorno o dispositivos del consumidor como consecuencia de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados.

Advierte Aragao Seia (2023:514) que la seguridad de los productos es una materia compleja y de difícil manejo, donde la normativa UE abusa de los conceptos indeterminados que no aseguran un tratamiento homogéneo de la materia en los distintos Estados miembros, los que socaba la confianza y seguridad jurídica pretendida, no ya en lo que afecta a la IA, sino en general al régimen de comercio electrónico. Aunque entendemos que no corresponde a este trabajo profundizar en este régimen normativo, si consideramos que habrá de tenerse en cuenta al avanzar en el objeto principal de estudio.

Las principales normas que integran este régimen (que atiende tanto a la seguridad preventiva de los productos, como a la eventual responsabilidad civil que pudiese derivar de los mismos), son la Directiva 83/374/CEE[98] relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la Directiva 2006/42/CE[99] relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE, la Directiva 2014/53/UE[100] relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva

[98] Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. DOUE L 207, de 25.7.1985, pp. 29(33.

[99] Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE. DOUE L 157 de 9.6.2006, p. 24/86. Su artículo 1, apartado 2, letra k) excluye de su ámbito de aplicación "los equipos de tecnología de la información"

[100] Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE. DOUE L 153 de 22.5.2014, p. 62/106.

1999/5/CE, y la Directiva 2001/95/CE[101], relativa a la seguridad general de los productos.

Se trata de un régimen de armonización sólo parcial, donde por tanto coexisten las regulaciones nacionales con la normas comunes establecidas por las citadas directivas, dejando a los EEMM aspectos clave como el del régimen procesal para articular la reclamación (armonizándose, no obstante, cuestiones como el plazo mínimo de prescripción de la acción resarcitoria –así, en el artículo 3 de la Directiva 83/374/CEE-, o el plazo mínimo de prescripción de los derechos nacidos del daño sufrido –artículo 11 de la misma Directiva), o la determinación de los "quantums" indemnizatorios, por citar solo algunos de los aspectos no armonizados.

El eje principal de este régimen, en cuanto al régimen de responsabilidad civil se refiere, lo constituía la Directiva 83/374/CEE. En ella se vino a establecer un régimen básico (en un momento de muy preliminar desarrollo de las tecnologías digitales), fundado en el principio fundamental de responsabilidad del "productor" en un sentido amplio (que engloba, según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, tanto al fabricante de un producto acabado, el productor de una materia prima o quien fabrique una parte integrante). La aplicación de este principio general adquiere mucha mayor trascendencia para el objeto de nuestro trabajo a la luz de los apartados 2 y 3 del mismo artículo 3. En ellos se asimilan al "productor" y se considerarán como tales a "toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial", así como al suministrador del producto cuando el productor no pudiese ser identificado, o cuando tratándose de un producto importado, no estuviese indicado el nombre del importador, aun cuando se identifique al productor.

Dichos principios adquieren una mayor dimensión en un contexto de comercio electrónico, donde la contratación y adquisición de bienes producidos fuera de la UE adquiere un volumen mucho mayor que en el comercio tradicional. Igualmente ocurre con la previsión contenida en el apartado e) del artículo 7, que

[101] Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos. DOUE L 11 de 15.1.2002, p. 4/17.

exonera de responsabilidad al productor cuando "en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto".

El pasado 10 de octubre de 2024 se alcanzó un acuerdo entre el Consejo y Parlamento Europeo sobre la propuesta presentada en 2022 para actualizar la Directiva 85/374/CEE, que ha determinado la adopción, de manera muy reciente el 23 de octubre de 2024), de la Directiva (UE) 2024/2853 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos[102], por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE. La nueva Directiva actualiza el régimen de responsabilidad por responsabilidad de productos defectuosos, adaptándolo a los nuevos cambios determinados por el entorno digital. Así lo confirma su considerando tercero, que señala la necesidad de revisar la anterior normativa a la luz de los avances de las nuevas tecnologías, y particularmente para actualizar la noción de "producto"[103].

En relación con esa necesidad, y en lo que afecta al objeto de este trabajo, ya en 2022 Navas Navarro (2022:110), en un análisis del régimen de responsabilidad civil en el ámbito de la IA, afirmaba que a los efectos de la Directiva 83/374/CEE, debería englobarse en el concepto de "producto" al contenido y servicio digital tal y como se define en la DCSD (artículo 2, apartados 1 y 2) y la DCL (artículo 2, apartados 6 y 7).

Proponía con ello una interpretación extensiva del concepto, inicialmente establecido para referirse a productos estáticos, que podían incorporar un elemento digital pero más bien de carácter estático "estático" (en referencia a los de carácter estándar, producidos en masa), pero que no resultaba adecuado para integrar elementos digitales dinámicos, actualizados frecuentemente y cuya importancia puede llegar a superar al bien tangible.

[102] Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo. DOUE L, 2024/2853, 18.11.2024.

[103] "La Directiva 85/374/CEE ha sido un instrumento eficaz e importante, pero debería revisarse a la luz de los avances relacionados con las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial (IA), los nuevos modelos de negocio de la economía circular y las nuevas cadenas de suministro mundiales, que han dado lugar a incoherencias e inseguridad jurídica, en particular en lo que respecta al significado del término «producto»". Considerando 3 de la Directiva(UE) 2024/2853.

Así, la nueva Directiva recoge una definición actualizada de "producto" adaptada a la nueva realidad tecnológica ("cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble o interconectado con estos; incluye la electricidad, los archivos de fabricación digital, las materias primas y los programas informáticos"). Pero también otros conceptos, como el de su artículo 4, punto 3, de "servicio conexo" como "un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones".

Igualmente, en el punto 4 del mismo artículo 4 se define el término "componente", como "cualquier artículo, ya sea tangible o intangible, materia prima o servicio conexo, que está integrado en un producto o interconectado con él". Ambos conceptos tienen relevancia importancia hoy día en que muchos bienes materiales de uso cotidiano requieren para su plena funcionalidad un contenido digital que ha de actualizarse periódicamente, está también relacionado con una cuestión muy determinada de la DCSD, como es su delimitación objetiva respecto de la DCL, en tanto la primera, como se verá más adelante, únicamente puede tener por objeto bienes corporales en cuanto tengan una mera función portadora del contenido digital cuyo suministro se contrata.

Otras definiciones incorporadas a la nueva norma son la de "plataforma en línea" (artículo 4, punto 16), o "distribuidor" (artículo 4, punto 14), como "toda persona física o jurídica de la cadena de suministro, distinta del fabricante o el importador, que comercialice un producto". Son conceptos de importancia en lo que toca a la protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico, por ejemplo a los efectos de la exigencia de responsabilidades por daños causados por bienes defectuosos que se importan a la UE desde terceros países (como China).

El artículo 5, apartado 1, de la nueva Directiva recoge la disposición fundamental de la regulación, al establecer el derecho a indemnización a toda persona física que sufra daños por un producto defectuoso, lo que incluye según el artículo 6 todas las pérdidas materiales derivadas de los daños y, según el artículo 6, los daños que a los bienes incluida su destrucción. Aunque el término "producto", definido en el artículo 4, punto 1, de la nueva directiva, se refiere a bienes muebles,

el mismo incluye expresamente "los archivos de fabricación digital". Como se ha mencionado anteriormente, la DCSD no ha incluido entre las cuestiones objeto de regulación el derecho al resarcimiento por los daños que pueda causar al consumidor el contenido o servicio suministrado digitalmente, por ejemplo en sus equipos electrónicos, aunque se menciona esta cuestión al remitirla a las legislaciones nacionales de los EEMM.

Resulta también especialmente importante el artículo 8 de la reciente Directiva (UE) 2024/2853, rubricado "Operadores económicos responsables de los productos defectuosos", que extiende dicha responsabilidad incluso al distribuidor cuando no pueda identificarse a otro operador económico (fabricante del producto o de un componente, el comercializador que modifique el producto), y la persona perjudicada solicite a dicho distribuidor que identifique a otro operador que pueda ser responsable o a su propio distribuidor, y no lo haga. Ello pone de relieve que la normativa europea, incluso la más reciente, aún no ha resuelto de un modo totalmente satisfactorio las dificultades para poder reclamar en caso de productos defectuosos adquiridos en terceros países a través de una plataforma digital que actúa como mera intermediadora entre el consumidor y el productor establecido en dicho país tercero.

De ahí también la importancia del régimen de conformidad establecido en la DCSD, que supone un paso adelante frente a la normativa general de consumo como la que estamos considerando, al establecer la responsabilidad del empresario frente al consumidor en los casos de no conformidad del contenido o servicio digital suministrado (como se examinará más adelante), sin perjuicio de la posibilidad de que el empresario disponga a su vez de una acción de regreso, cuando la no conformidad no le fuera imputable a él sino a otros intervinientes en la cadena de transacciones.

Adquiere por ello importancia que hagamos ahora referencia a la normativa de la UE sobre indemnización de daños causados por productos defectuosos, por cuanto la misma no deja de complementar la regulación que es objeto principal de este trabajo. Aunque aquél régimen indemnizatorio se limita en principio a bienes muebles defectuosos, la cuestión adquiere relevancia en relación con los contratos

mixtos, que contengan prestaciones reguladas por la DCSD y la DCL. Ello se cofirma atendiendo al artículo 7 de la nueva Directiva sobre responsabilidad de productos defectuosos (de próxima publicación en el DOUE), que al establecer los criterios para considerar un producto defectuoso, señala en su apartado segundo que debe atenderse a los requisitos de ciberseguridad pertinentes que debe presentar el producto. Desde luego, constituye otro sector de la regulación que es necesario tener en consideración para tener presente el entorno de protección íntegra del consumidor en la UE, también en el ámbito de la adquisición del suministro de productos digitales, incorporados principal o accesoriamente a bienes muebles, puesto en que en la misma se establecen normas esenciales sobre la cuestión, relativas a la carga de la prueba (estableciendo el artículo 10 determinadas presunciones que eximen de la misma al demandante, por ejemplo cuando se acredite por el mismo que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad en los productos exigidos por la UE), o sobre determinación del nexo causal que hace nacer la responsabilidad.

4.- Regulación de las Comunicaciones Electrónicas

Entre las medidas y propuestas legislativas destinadas a propiciar un mercado digital en la Unión (a fin de garantizar a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y en que personas y empres puedan fácilmente acceder y ejercer en condiciones de competencia actividades en línea), contenidas en la Comunicación de la Estrategia MUD, se encontraba la de abordar una revisión de la normativa sobre telecomunicaciones en la Unión.

El acceso a comunicaciones electrónicas eficientes y de calidad por parte de los consumidores resulta esencial para el desarrollo del comercio electrónico y, por tanto, para la contratación del suministro de contenidos y servicios digitales. La expansión de este tipo de contratos, objeto principal del presente trabajo, se ha

desarrollado necesariamente de la mano de una generalización en el acceso a estas redes de comunicaciones electrónicas en todo el territorio de la UE, estableciendo garantías de trato para los usuarios finales, que a la postre son los consumidores a los que dichas infraestructuras permiten el acceso y contratación de tales servicios y contenidos.

Ello tiene, si cabe, aun mayor importancia en el caso de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, donde la prestación contratada se apoya en una conectividad de capacidad y calidad suficiente para permitir al consumidor ese acceso adecuado y conforme a tales contenidos y servicios digitales. En ocasiones, la regulación establecida en la DCSD atiende al entorno digital del consumidor, parte del cual viene determinado por sus condiciones de acceso a las comunicaciones electrónicas. Resulta por ello también conveniente asomarse, aun someramente, a la normativa UE que en la actualidad regula la materia.

El marco normativo relativo a las infraestructuras y redes de las comunicaciones electrónicas ya fue delimitado en relación con los servicios de la sociedad de la información por el TJUE. Así en sus sentencias C-518/11 y C-475/12[104], se afirmó que las directivas que establecían el marco aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión establecen "una clara distinción entre la producción de contenidos, que implica una responsabilidad editorial, y el transporte de los contenidos, exento de cualquier responsabilidad editorial, ya que los contenidos y su transmisión están sujetos a normativas separadas que persiguen objetivos específicos".

Además, en su sentencia C-193/18[105] el TJUE determinó que un servicio de correo electrónico en Internet que no incluye el acceso a Internet –como el servicio Gmail prestado por Google LLC- no constituye un servicio de comunicaciones electrónicas a los efectos de la Directiva marco 2002/21/CE de Comunicaciones electrónicas (al no implicar transporte de señales por dichas redes electrónicas).

[104] Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2013, *UPC Nederland,* C-518/11, EU:C:2013:709, apartado 41, y de 30 de abril de 2014, UPC DTH, C-475/12, EU:C:2014:285, apartado 36.
[105] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2019, *Google LLC y Bundesrepublik Deutschland,* C-193/18, ECLI:EU:C:2019:498, fallo.

El punto 3 de la Estrategia MUD, "Crear condiciones adecuadas y equitativas para las Redes digitales avanzadas y los servicios innovadores", afirmaba que el mercado único digital requiere redes y servicios fidedignos, fiables, de alta velocidad y asequibles. Para ello, se consideraba necesario promover en la UE un sector de telecomunicaciones fuerte, competitivo y dinámico, capaz de afrontar las inversiones necesarias y explotar las innovaciones tecnológicas.

Siguiendo este objetivo, la Comisión presentó el 12 de octubre de 2016 una propuesta de Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, que cristalizaría en la aprobación de la Directiva (UE) 2018/1972[106] (la Directiva CECE). En ella, el legislador de la Unión vino a refundir el marco regulador vigente para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que previamente se recogía en las directivas 2002/19/CE[107], 2002/20/CE[108], 2002/21/CE[109] (la Directiva marco), y 2002/22/CE[110], en lo que ha pasado a conocerse como marco normativo armonizado.

Este paquete de directivas de 2002 se adoptó con el fin de facilitar el desarrollo de mercados competitivos en el ámbito de las telecomunicaciones. La Directiva marco establecía que las autoridades nacionales de reglamentación definirían los mercados pertinentes con arreglo a los principios del Derecho de la competencia e identificarían a los operadores con un peso significativo en el mercado (PSM) a los que podrían imponerse determinadas obligaciones para facilitar el desarrollo de dichos mercados competitivos. Se adoptaron cuatro directivas específicas, entre ellas la denominada "Directiva acceso", que regulaba el acceso a las redes de telecomunicaciones y su interconexión.

[106] 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. DOUE L 321 de 17.12.2018.
[107] Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. DOCE L 108, 24.4.2002, p. 7.
[108] Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE L 108 de 24.4.2002.
[109] Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOUE L 108, de 24.4.2002.
[110] Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE L 108, 24.4.2002.

La legislación promulgada en 2009 puso de manifiesto la necesidad de favorecer la inversión, la innovación y las redes de próxima generación, sin modificar los principios y los objetivos de reglamentación contenidos en el paquete de directivas adoptado en 2002.

Uno de los objetivos principales del legislador de la UE con los paquetes de propuestas presentados en 2002 fue la mejora de la competencia, permitiendo que autoridades nacionales reguladoras pudieran imponer obligaciones a los grandes operadores (u operadores con PSM). No obstante, la Directiva marco y la Directiva acceso también contemplaban la posibilidad de que las autoridades nacionales de reglamentación pudieran imponer obligaciones a otros operadores, y así el considerando 23 de la Directiva marco se refiere a "los beneficios del uso compartido de recursos por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales, a ser posible sobre la base de acuerdos voluntarios".

Pero las continuas innovaciones tecnológicas en las comunicaciones electrónicas exigieron la revisión de este marco armonizado. Cuando la Comisión presentó su comunicación sobre la Agenda Digital para Europa en mayo de 2010, señaló la conveniencia de que la Unión pudiese beneficiarse plenamente de los beneficios económicos y sociales de un mercado único digital apoyado en una red de Internet rápida y ultrarrápida. Ello requería una reacción rápida en aquel momento de cambio tecnológico, ya que en opinión de la Comisión, si no se revisaba y adaptaba la regulación normativa de estas comunicaciones, se corría el riesgo de que los resultados no fueran óptimos, concentrándose las redes rápidas de banda ancha en unas pocas zonas de alta densidad con costes de entrada importantes y precios elevados[111].

Por tanto, y tras la revisión del marco regulador de 2002 con la citada Directiva 2009/140/CE, el objetivo de la revisión del marco regulador fue pasa a ser, fundamentalmente, facilitar la economía *online* en la Unión[112].

[111] Apartado 2. 4. 1, pág. 22. 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". Documento COM(2010) 245 final], citado.

[112] Resulta ilustrativo, para tener un cabal conocimiento de los profundos y acelerados cambios en la tecnología de las comunicaciones, la exposición de motivos de la propuesta de Directiva por la que se

En el año 2014, a fin de facilitar la nueva transición tecnológica –con los elevados costes que ello comporta en infraestructuras y redes-, se adoptó la Directiva 2014/61/UE[113] sobre medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. Se respondía a la necesidad apuntada en la "Agenda digital" de 2010, y al convencimiento de que, en ese momento de crecimiento exponencial de la demanda de comercio y servicios electrónicos en la red, la UE debía aspirar a la máxima ambición en lo relativo a banda ancha, a fin de "lograr mayor crecimiento, competitividad y productividad" (considerando 3). Debía para ello adoptarse medidas para abaratar el despliegue de la banda ancha en toda la Unión, incluidas una planificación y coordinación adecuadas y la reducción de las cargas administrativas (considerando 4).

En palabras de Abogado General Collins, "el objetivo de la Directiva 2014/61 es garantizar la disponibilidad de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, que se consideran la infraestructura digital de la sociedad del futuro. La Directiva 2014/61 tiene un ámbito de aplicación intersectorial y ha optado por

establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (Documento COM(2016) 590 final. Bruselas 12.10.2016. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52016PC0590 . Verificado el 30 de septiembre de 2024, en la que se describe lo siguiente: "Desde la última revisión del marco regulador de las comunicaciones electrónicas de 2009, el sector ha evolucionado significativamente y se ha incrementado su papel como fenómeno facilitador de la economía en línea. Las estructuras de mercado han evolucionado, debilitándose cada vez más el poder de mercado monopolístico, al tiempo que la conectividad se ha convertido en un elemento ampliamente presente en la vida económica. Los consumidores y las empresas recurren cada vez más a los servicios de datos y acceso a Internet en lugar de a la telefonía y otros servicios de comunicación tradicionales. Esta evolución ha supuesto la irrupción de tipos de agentes del mercado anteriormente desconocidos que compiten con los operadores tradicionales de telecomunicaciones [p. ej. los denominados operadores de transmisión libre (OTT): proveedores de servicios que ofrecen una gran variedad de aplicaciones y servicios, incluidos los servicios de comunicaciones, a través de Internet]. Al mismo tiempo, se ha incrementado asimismo la demanda de conectividad fija e inalámbrica de alta calidad, con el aumento del número y la popularidad de los servicios de contenidos en línea, tales como la computación en la nube, la Internet de las cosas (IoT), la comunicación de máquina a máquina (M2M), etc. Las redes de comunicaciones electrónicas también han evolucionado. Entre los cambios principales cabe citar los siguientes: i) la transición en curso hacia un entorno exclusivamente IP, ii) las posibilidades que brindan las nuevas y mejoradas infraestructuras de red subyacentes, que sustentan la capacidad de transmisión, prácticamente ilimitada, de las redes de fibra óptica, iii) la convergencia de las redes fijas y móviles hacia ofertas de servicios sin fisuras para los usuarios finales, con independencia de la ubicación o del dispositivo utilizado y iv) el desarrollo de enfoques técnicos innovadores de gestión de las redes, en particular las redes definidas por software y la virtualización de las funciones de la red (NFV). Estos cambios operativos y de uso exponen las normas vigentes a nuevos retos cuya importancia se incrementará probablemente a medio y largo plazo, y, por tanto, deben tenerse en cuenta a efectos de la revisión del marco regulador de las comunicaciones electrónicas".

[113] Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. DOUE L 155, 23.5.2014, p. 1.

mecanismos de reglamentación tales como la transparencia, el control administrativo y la resolución de controversias con fines distintos del fomento de la competencia *per se*"[114].

La Estrategia MUD, como hemos visto, atendía en uno de sus ejes a los cambios en las infraestructuras del sector digital y el cambio de paradigma[115], con el desarrollo de una economía fundada en el comercio electrónico. Así, marcó entre sus objetivos el que "los particulares y las empresas deben poder acceder sin fisuras a actividades en línea y realizarlas en condiciones de competencia leal", anunciando la Comisión que en 2016 presentaría propuestas para una revisión ambiciosa del marco reglamentario que atendiesen a cinco objetivos: i) un enfoque de mercado único coherente sobre la política y gestión del espectro, ii) proporcionar las condiciones para un verdadero mercado único, abordando la fragmentación normativa para permitir economías de escala en los operadores de redes y proveedores de servicios eficientes y una protección eficaz de los consumidores, iii) garantizar la igualdad de condiciones para todos los operadores del mercado y la coherencia en la aplicación de las normas, iv) incentivar la inversión en las redes de banda ancha de alta velocidad (incluida una revisión de la Directiva de servicio universal) y, finalmente, v) un marco regulatorio institucional más efectivo».

Siguiendo esa previsión, y tras la pertinente negociación, los colegisladores de la Unión adoptaron en 2018 la Directiva CECE, que codificó todo el marco regulador vigente e introdujo cambios sustanciales en el marco regulatorio de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión, a fin de avanzar en su armonización y simplificación, así como de las condiciones para la autorización

[114] Conclusiones del Abogado General A. Collins, presentadas el 9 de junio de 2022, en el asunto C-243/21, TOYA, ECLI:EU:C:2022:455, apdo. 39.

[115] Sobre este cambio de paradigma, *vid.* De Miguel Asensio (2023:39), cuando afirma: "La evolución de los [sic] actividades y modelos de negocio en Internet ha ido unida a que ciertos servicios claramente incluidos en la definición tradicional de servicios de comunicaciones electrónicas –limitada a servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas-, como la telefonía vocal tradicional, los mensajes de texto (SMS) y los servicios tradicionales de correo electrónico, deban competir ahora con otros servicios en línea de función equivalente, como voz sobre IP, servicios de mensajería y servicios de correo electrónico a través de web. Estos otros servicios pueden no consistir, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónica, lo que llevaba a que no quedaran comprendidos por la regulación anterior, dando lugar a posibles distorsiones".

de redes y servicios y del uso del espectro radioeléctrico, entendiendo que tales objetivos podían lograrse mejor con normas comunes para todos los Estados miembros (considerando 323 de la Directiva CECE).

Entre los objetivos perseguidos con la nueva regulación se encontraba el de fomentar, en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, inversiones eficientes, así como la competencia entre los actores y operadores del mercado. Para ello, se pretende sostener un nivel económicamente eficiente de inversiones en infraestructuras nuevas y existentes (considerando 27 de la Directiva CECE).

El considerando 56 de la misma Directiva reseña la importancia "de garantizar la seguridad jurídica y fomentar la previsibilidad normativa con el fin de facilitar un entorno seguro para las inversiones", lo cual exige que "toda restricción o retirada de derechos existentes de uso del espectro radioeléctrico, de recursos de numeración o de instalación de recursos debe estar supeditada a procedimientos y justificaciones previsibles y transparentes [...] Toda vez que las restricciones o las retiradas de autorizaciones generales o derechos pueden tener consecuencias importantes para sus titulares, las autoridades competentes deben tener especial cuidado y evaluar previamente los posibles daños que puedan provocar dichas medidas antes de adoptarlas".

Asimismo, y ya sobre una cuestión directamente relacionada con nuestro objeto de estudio, la Directiva CECE dedica su título tercero a los derechos de los usuarios finales. Entre ellos, el artículo 99 establece una esencial prohibición de discriminación, que obliga a las empresas proveedoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas a no aplicar a dichos usuarios finales (que son, a la postre los consumidores de tales servicios), condiciones generales de acceso o uso de las redes diferentes por razón de la nacionalidad, lugar de residencia o del lugar de establecimiento, salvo cuando los mismos estén justificados "por razones objetivas". Se trata de un principio central, que no hace sino trasladar las exigencias inherentes al establecimiento de un mercado único digital, al que es consustancial, debe insistirse, un acceso en igualdad de condiciones a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Además del anterior principio, otras garantías que se imponen en relación con los derechos de los usuarios finales atienden a que las medidas nacionales que regulen el acceso a las redes o servicios respeten en todo caso los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los principios generales del Derecho de la Unión (artículo 100 de la Directiva CECE), lo que incluye cuestiones tan fundamentales como la salvaguarda del secreto de las comunicaciones o la protección de datos de carácter personal. Se establecen asimismo derechos relativos a la contratación del acceso a las redes y servicios, en términos de la información que debe prestarse (el artículo 102 exige que se ofrezca de manera clara, comprensible y en soporte duradero o documento electrónico de fácil descarga, y enumera los elementos mínimos que deben contener tales contratos). Se imponen también requisitos en cuanto a la transparencia y comparabilidad de las ofertas publicitarias de los contratos de acceso (art. 103).

Se regulan igualmente aspectos relativos a la calidad del servicio de acceso a Internet (artículo 104) –cuestión básica para un efectivo funcionamiento de la contratación en línea-, o destinados a que las condiciones de duración o finalización del contrato de acceso u uso de las redes de comunicaciones (artículo 105), ello a fin de que no puedan imponerse condiciones que disuadan al usuario final de cambiar de proveedor de servicios, y para garantizar la "portabilidad" o mantenimiento del número de abonado en caso de cambio de proveedor (artículo 106).

Este catálogo de derechos presenta no obstante limitaciones significativas, que pueden afectar, en primer lugar, a la generalización del acceso a estas redes y servicios de comunicaciones electrónicas. El despliegue de las redes que permiten estos servicios en el territorio de los EEMM, va a depender de las disponibilidades financieras de los prestadores de estos servicios. El desarrollo tecnológico, sobre todo en lo relativo al acceso a Internet, está avanzando de manera exponencial[116], si

[116] "La tecnología 5G podrá albergar más dispositivos que nunca conectados a «internet de las cosas». Se calcula que, al final de 2018, había 22 000 millones de dispositivos conectados en uso en todo el mundo. Está previsto que esta cifra aumente hasta unos 50 000 millones de aquí a 20301, lo que creará una enorme red de dispositivos interconectados que abarcarán desde los teléfonos inteligentes hasta los electrodomésticos de cocina. Se prevé que el consumo mundial de datos pase de 12 exabytes de tráfico de datos móviles al mes en 20172 a más de 5 000 exabytes en 2030". Informe especial 3/2022 del Tribunal Europeo de Cuentas. https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/security-5g-networks-03-2022/es/ . Verificado el 20 de octubre de 2020

bien el despliegue de las infraestructuras que aseguran una cobertura y acceso general a estos servicios no alcanza la misma velocidad ni extensión[117].

En todo caso, los derechos reconocidos a los consumidores en el marco regulatorio de las comunicaciones electrónicas tienen un ámbito limitado a los aspectos contractuales directamente vinculados con la prestación de los servicios de acceso y uso de tales servicios, pero no alcanzan a los aspectos relativos a la validez y eficacia de los contratos digitales celebrados a través de dichas redes, que requieren una regulación específica, como la contenida en la DCSD.

Se ha tratado con esta exposición, además de transmitir la trascendencia del cambio normativo introducido por la Directiva CECE[118], que ha supuesto la implantación de un nuevo marco regulatorio que presentaba significativas diferencias respecto del anterior, destacar el carácter limitado de las normas que dicho marco establece en relación con la protección de los consumidores, que necesariamente ha debido ser complementado por normas especiales como las que son objeto específico de este trabajo.

5.- Cooperación judicial civil. Bruselas I bis y Roma I

El régimen de Derecho Internacional Privado constituye otro ámbito de atención preferente si se quiere propiciar el desarrollo del comercio por medios electrónicos, en el que el número de contratos transfronterizos es muy elevado. El consumidor, de por sí receloso a la hora de contratar bienes y servicios fuera de sus fronteras y que implican ordenamientos jurídicos que le son ajenos, necesita la confianza de que, en caso de necesidad, podrá dirigirse contra el vendedor sin un coste o dificultad excesiva.

[117] "El coste total del despliegue de la tecnología 5G en toda la UE podría alcanzar los 400 000 millones de euros. En el período 2014-2020, la UE proporcionó una financiación de más de 4 000 millones de euros a proyectos 5G.". Ibidem.

[118] Esto se constata en el Considerando 322 de la Directiva, que impone a la Comisión Europea supervisar "la transición del marco actual al nuevo marco" que establece la Directiva CECE.

Ello se ha conseguido en buena medida entre los EEMM de la UE mediante el establecimiento de normas –inicialmente convencionales- de Derecho Internacional Privado, que posteriormente y al hilo de la ampliación del ámbito de competencias de la Unión, se integraron en su acervo normativo como Derecho secundario.

La evolución seguida en pocos años por el sistema normativo de la Unión Europea (al hilo como decimos de modificaciones sucesivas en los tratados fundacionales), ha ido trasladando su foco de atención de casi exclusivamente el ámbito económico y comercial –con medidas imprescindibles para posibilitar un mercado común-, hacia una regulación cada vez más centrada en las relaciones particulares, y destinada a eliminar cualquier barrera o discriminación hacia quien quería desarrollar su actividad de manera transfronteriza o desde otro Estado miembro[119]. Ello sobre la importante base común que constituía el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones judiciales en el ámbito civil y mercantil[120], que se adoptó sobre la base jurídica que se introdujo en el artículo 220 del original Tratado de la Comunidad Europea.

En todo caso, los intentos realizados en la UE para avanzar en la unificación del Derecho privado se han mostrado, como señala Sánchez Lorenzo (2011:3-9)[121], mucho más complejos que los avances que se han verificado en el ámbito del Derecho público, lo que según dicho autor se explica por cuanto un Derecho común

[119] "La integración europea fue, en un principio, esencialmente económica y, por esta razón, los instrumentos jurídicos creados tendían a servir a este tipo de integración. Sin embargo, esa situación se ha modificado profundamente en los últimos tiempos y hoy no sólo es económica, sino que afecta de forma progresiva y cada vez más profunda a la vida del ciudadano europeo. Este ciudadano europeo puede difícilmente comprender las dificultades que encuentra en el ámbito familiar cuando tanto se ha avanzado en el ámbito patrimonial". Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998. Preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (98/C 221/04). DOUE C 221 de 16.7.1998, p. 27

[120] DOUE C 27 de 26/01/1998 p. 1.

[121] "Si algo ha demostrado la Unión Europea, sin embargo, es que el Derecho público es bastante más permeable a la unificación que el Derecho privado" señala Sánchez Lorenzo, en un artículo sobre la unificación del Derecho privado en Europa, y recordando cómo la UE había sido capaz de dotarse de una Carta de Derechos Fundamentales pero no de un Código Civil europeo, y considerando que esa paradoja se explica por cuanto "[…], desde el punto de vista de la unidad política, el instrumento más fuerte de unificación no es una Carta de Derechos Fundamentales, ni siquiera una Constitución compartida, sino un Código civil." (Sánchez Lorenzo. 2011:3).

requiere una base, unos principios y una mentalidad comunes. Ello exige, para poder avanzar hacia un Derecho privado europeo, "reconocer una pluralidad cultural y axiológica, e implementar los medios para minimizar sus efectos negativos en el mercado interior".

Sin embargo, se han dado pasos para dotar a la UE de medios que aseguren la coordinación de los distintos sistemas nacionales de Derecho privado existentes. La base jurídica introducida en 1992 por el Tratado de Maastricht (con un nuevo título VI en el Tratado relativo a la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior), dio lugar a la adopción de numerosos convenios internacionales importantes en materia de cooperación judicial internacional[122]. Sin embargo, este primer impulso fue sobrepasado en 1997 con el Tratado de Ámsterdam, que comunitarizó por primera vez áreas importantes del Derecho privado.

Este proceso no solo avanzó hacia la creación de un espacio de libre circulación de resoluciones judiciales (que afectó tanto al Derecho privado como al ámbito del Derecho penal, con el llamado Tercer pilar comunitario que, desde las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere[123] en 1999 que estableció el

[122] Su artículo K. 1, apartado 6, establecía como mandato el "desarrollar la cooperación estrecha en el ámbito de la justicia, con referencia expresa a la cooperación judicial en materia civil. Sobre la base de este artículo se celebraron el Convenio sobre notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en 1997 (adoptado por el Consejo de la Unión mediante acto del Consejo de 26 de mayo de 1997, DOUE C 261, de 28.8.1997), y Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial –Convenio Bruselas II- Adoptado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (DOUE C 261 de 27.8.1997). Ninguno de estos convenios llegó a entrar en vigor.

[123] Consejo Europeo de los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere. Conclusiones. Apdo. 2: "La Unión Europea ya ha puesto a disposición de sus ciudadanos los principales componentes de un espacio compartido de paz y prosperidad: un mercado único, una unión económica y monetaria y la capacidad para asumir retos políticos y económicos a escala internacional. Corresponde ahora al Tratado de Ámsterdam recoger el desafío de garantizar que esa libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos" En relación con el objetivo de una mayor convergencia en Derecho civil, los apdos. 38 y 39 de estas Conclusiones de Tampere establecían:" 38. "El Consejo Europeo invita al Consejo y la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos. 39. Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global dela necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento delos procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001". Estas conclusiones están disponibles en https://www.consilium.europa.eu/media/21053/consejo-europeo-de-tampere-conclusiones-de-la-presidencia.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Con anterioridad a estas directrices programáticas del Consejo Europeo de Tampere, la Comisión y el Consejo habían presentado un Plan de

principio de confianza mutua como el *cornerstone*[124], la piedra angular del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), y se desarrolló a partir de programas quinquenales[125]). El Tercer pilar mantuvo su carácter intergubernamental (adoptándose las normas por el Consejo de la Unión, con mera consulta al Parlamento Europeo, y con derecho de veto para cada Estado miembro) hasta el Tratado de Lisboa de 2009.

El proceso, en lo que al Derecho privado se refiere, afectó progresivamente a la armonización del Derecho civil y mercantil, desde la consideración de que ello resultaba necesario para facilitar el comercio transfronterizo en el mercado único de la Unión (entonces Comunidad) Europea. El sector empresarial europeo ha señalado de manera contante, que el hecho de que cada EM suponía una barrera por el incremento de sus costes. Es decir, las diferencias en el Derecho privado de los Estados miembros son percibidos como una clara barrera para el desarrollo del comercio transfronterizo; la obligación de analizar y manejar adecuadamente distintas legislaciones de contratos, los requerimientos exigidos en cuanto a la celebración y consumación de los mismos, los diversos regímenes de garantía, responsabilidad y protección de consumidores, suponen costes adicionales mucho más importantes que, por ejemplo, los derivados de la necesidad de transportar los bienes vendidos a largas distancias para su entrega en otro Estado miembro.

No corresponde a este trabajo abordar de forma amplia y general el desarrollo de la cooperación judicial civil en la Unión Europea, y de la adopción de normas específicas en el ámbito del Derecho civil. Pero sí parece preciso, para

---

acción asumido por el Consejo Europeo celebrado en Viena el 11 y 12 de diciembre de 1998. La finalidad del Plan era garantizar una aplicación adecuada del Tratado de Ámsterdam (Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Viena, 11 y 12 de diciembre de 1998, Documento SN 300/98, apartado 83, p. 23). Adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998. DOCE C 19 de 23.1.1999.

[124] El principio de confianza mutua había sido ya mencionado en el Consejo Europeo de Cardiff, celebrado los días 15 y 16 de junio de 1998, en el marco de la cooperación judicial penal.

[125] Estos programas fueron esencialmente tres: Programa de Tampere ("Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal", DOCE C 12, de 15.1.2001); de La Haya (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final]. DOUE C 236 de 24.9.2005) y de Estocolmo "El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano". DOUE c 115 de 4.5.2010).

completar la exposición de normas relevantes, hacer una referencia al régimen de Derecho internacional privado, que contempla disposiciones específicas (en forma foros y normas sobre ley aplicable) a los contratos de consumo.

Recuerda Storskrubb (2021:771) que aunque tradicionalmente se ha considerado que el Derecho civil de la UE estaba vinculado al objetivo de desarrollar el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) que se incluyó en el Tratado de Ámsterdam, este área ha tenido siempre una fuerte vinculación con el mercado interior, lo que ha sido fuente de divergencias tanto en los propósitos como el impulso de un Derecho civil en la UE[126].

Ello se explica por cuanto la integración económica, motor de la Comunidad Europea desde su fundación, implica inexorablemente una integración jurídica de relaciones privadas, particularmente jurídicas, desde el momento en que, dentro de los intercambios económicos y comerciales, surge la controversia entre las partes implicadas. En ese momento, como dicen Gaudemet-Tallón y Ancel (2018), las partes necesitan conocer con precisión cual es el tribunal competente para conocer de litigio y, una vez obtenido un fallo, la parte beneficiada necesita que se reconozca y ejecute la decisión con la mayor celeridad en el territorio europeo, lo que se atendió inicialmente con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968[127].

[126] Calvo Caravaca (2020:228), citando a Baldus, matiza esta visión prioritariamente economicista y centrada en el mercado como motor del Derecho civil de la UE. Frente a ella, además del objetivo del mercado único, resalta el de potenciar las libertades de circulación. Afirma que el Derecho de la UE "nació como un ordenamiento económico (= el "Derecho del mercado interior"). El objetivo del Derecho de la UE radicaba en crear la estructura jurídica de un mercado supranacional, en el que las personas y la empresa podrían circular para incrementar sus ganancias económicas (= "visión economicista del Derecho de la UE"). Ahora bien, esta visión ha cambiado radicalmente, en particular desde el Tratado de Ámsterdam de 1997 y desde la creación del espacio europeo de Justicia. En la actualidad, el Derecho de la UE no tiene como único objetivo permitir que los agentes económicos incrementen sus ganancias. El objetivo actual del Derecho de la UE radica también, en permitir que las personas y las empresas circulen libremente por toda la UE por otros motivos. Por placer, por comodidad, por motivos culturales, etc. De una visión economicista del Derecho de la UE (= el Derecho europeo al servicio del mercado) se ha pasado a una visión personalista del mismo (: el Derecho europeo al servicio de las personas). Esta evolución reviste una importancia capital".

[127] Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. España y Portugal se adhirieron al mismo por el llamado Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989 (DOUE L 285, 3.10.1989). Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e

El sistema establecido solventó los problemas entre los EEMM de la Comunidad Europea, hasta que los Estados parte del EEE pidieron celebrar con los anteriores un tratado similar, dando lugar al Convenio de Lugano, firmado el 16 de septiembre de 1980[128], que entró en vigor para todos los EEMM de la CE, además de para Austria (que no era parte por entonces de los anteriores), Suiza, Islandia y Noruega (Liechtenstein no se adhirió a la misma). Ambos textos constituyeron un primer espacio judicial europeo en materia civil y mercantil (Gaudemet-Tallón y Ancel. 2018).

Pero como señala Sánchez Lorenzo (2020), "la proliferación de foros de codificación internacional ha producido, desde luego, una inflación normativa y el desarrollo de técnicas de compatibilidad, de cláusulas de conexión y desconexión, de fórmulas de interacción y complementariedad". También ha llamado la atención dicho autor sobre el hecho de que el creciente número de normas de derecho secundario de la Unión produce un impacto en el Derecho privado hace necesaria una regulación específica del Derecho Internacional Privado, incidiendo en que, en muchos casos, esas normas de derecho secundario, particularmente en el ámbito de la protección de consumidores, carecen de disposiciones específicas sobre delimitación territorial[129].

Todas estas dificultades han determinado la necesidad de avanzar en la armonización regulatoria de contratos específicos, como el de suministro de contenidos y servicios digitales que nos ocupa, que vienen a responder a la fragmentación e incertidumbre inherente a la ausencia de normas comunes en esa materia, que no ha desaparecido pese a la progresiva unificación de las reglas de Derecho Internacional Privado en la UE.

Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989. BOE nº. 24, de 28 de enero de 1991.

[128] Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988. DOUE L 319. De 25.11.1988 "

[129] "The increasing number of rules from secondary European law that affect private law calls urgently for a specific private international law. This is particularly significant in relation to the spatial sphere of application of directives. Some directives, particularly in the field of consumer protection, include specific rules on spatial delimitation, however most disregard this aspect […] The absence of rules on spatial delimitation in secondary European law leads to an interpretation based on interests of the internal market, which may determine the application of a directive despite the application of the law of a third state as proper law of the contract" (Sánchez Lorenzo. 2010:74)

La protección del consumidor ha sido objeto particular de atención en esas normas UE de Derecho internacional privado, que han acogido como decimos normas dirigidas a su protección jurídica, tanto en lo relativo a la competencia judicial internacional, como en lo relativo a la ley aplicable (Cebrían Salvat. 2024:380). Ello hace conveniente exponer también las dos principales normas que recogen este régimen de protección, cuyas disposiciones sobre contratos de consumo resultan aplicables a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento Roma I.

Es decir, que también justifica detenerse en esta área del Derecho de la Unión su vertiente relativa a la protección de los consumidores en la que resalta Calvo Caravaca (2020:87) cuando el Derecho Internacional Privado atiende a los contratos de consumo transfronterizos, debe enfrentar un triple reto: el consumo a gran escala (*mass consumption*), el escaso importe de las transacciones de tales contratos atendidos de forma individual, y su contratación a través de Internet.

A) Reglamento Bruselas I bis

A modo introductorio, ha de recordarse que el origen del Convenio de Bruselas hay que buscarlo en el convencimiento de los estados fundadores de la CEE de que el espacio económico comunitario requería disponer de unas normas mínimas que asegurasen a las partes, como se ha dicho, certidumbre en cuanto a los posibles procesos judiciales en que pudiesen desembocar sus relaciones comerciales. Por ello el artículo 220 del Tratado de la Comunidad Económica Europea previó una base jurídica que permitía su negociación[130].

[130] Article 220: "Les États membree engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissante : […] — la simplification des formalité·, auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que dee sentences arbitrales". Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX%3A11957E%2FTXT Verificado el 30 de septiembre de 2024.

El hecho de que en lugar de a través de una norma jurídica de la Comunidad se avanzase por la vía de un tratado internacional multilateral, determinó ulteriormente la necesidad de su "comunitarización", en un proceso que ha sido característico del desarrollo inicial de este ámbito jurídico en la UE[131]. Pese a esta naturaleza de norma "extramuros" del acervo comunitario, la base jurídica comunitaria llevó al Tribunal de Justicia a afirmar la aplicación al mismo del principio de primacía propio de aquel en la sentencia *Tissili*[132], pronunciamiento que también a la afirmación hecha al inicio de este párrafo.

No obstante, esta sistemática no estaba exenta de inconvenientes, principalmente, el proceso constante de ratificaciones a medida que se iba ampliando el número de Estados miembros[133]. A su vez, la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse, como ha hecho, en un centenar de ocasiones sobre la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968, emana en el Protocolo a dicho Convenio firmado en Luxemburgo en 1971[134].

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999, al hilo de las nuevas competencias y bases jurídicas habilitadas, se transformó el Convenio de Bruselas en el Reglamento (CE) 44/2001[135], conocido como "Bruselas I", que

[131] Al respecto, recordar también los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, los son parte todos los Estados miembros de la Comunidad.

[132] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1976, *Tessili,* 12/76, ECLI:EU:C:1976:133, apdo. 9: "[---]. a fin de suprimir los obstáculos en las relaciones jurídicas y en la solución de los litigios en la esfera de las relaciones intracomunitarias en materia civil y mercantil, el Convenio contiene, entre otras, reglas que permiten determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en estas relaciones y que facilitan el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales. […] el Convenio debe ser interpretado teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el sistema y los objetivos que le son propios, así como su relación con el Tratado".

[133] "De forma resumida, cabe decir que estos Convenios, aún siendo Tratados de los que sólo pueden ser parte los Estados miembros, son tratados internacionales que requieren la ratificación según el procedimiento interno, sin ninguna exigencia adicional y que, además, formando parte el Convenio de Bruselas del acervo comunitario, la única exigencia es llegar a ser parte en el mismo, pero sin ningún plazo para ello. Las sucesivas ampliaciones tuvieron como consecuencia negativa que cada nuevo tratado de adhesión significó adaptaciones del texto anterior, abriéndose un continuo proceso de ratificaciones y diversidad de textos en vigor entre los Estados miembros". Borrás (2001:291).

[134]Protocolo de 3 de junio de 1971, hecho en Luxemburgo, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (DOCE C 189, 28.7.1990).

[135] Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 12, 16.1.2001. En vigor hasta el 9 de enero de 2015.

introdujo algunas modificaciones y entró en vigor, para todos los Estados miembros, el 1 de marzo de 2002 (si bien Dinamarca quedó excluida inicialmente de su aplicación). Los cambios introducidos en el Reglamento Bruselas I obligaron a su vez a una revisión del Convenio de Lugano en 2007, que se plasmó en el conocido como Convenio de Lugano revisado 2007[136].

Sánchez Lorenzo (2001;180) señala al respecto de esta "comunitarización" que, si bien desde el punto de vista de su contenido el tránsito del Convenio de Bruselas al Reglamento Bruselas I había implicado algunas modificaciones sustantivas en el mismo, las mismas no recogieron de manera suficiente los debates científicos que suscitaban la revisión del Convenio de Bruselas, ni fueron, según este autor, especialmente audaces. En la parte que justifica en este trabajo el tratamiento de la cuestión, en cuanto al foro especial de los contratos de consumo, las modificaciones introducidas fueron quizá de las más relevantes, al ampliarse de forma significativa los contratos amparados por la sección 4ª del Capítulo II ("Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores"), y se establecía el foro del domicilio del consumidor (artículo 16)[137].

El Reglamento Bruselas I se mantuvo en vigor hasta la adopción de la profunda revisión del mismo que propuso la Comisión en 2010, y que se acabó plasmando en el Reglamento (UE) 1215/2012[138], Bruselas I bis, que retuvo las modificaciones antes señaladas en materia de contratos de consumo.

La competencia judicial internacional de los tribunales civiles y mercantiles de los Estados miembros en materia contractual viene hoy determinada, fundamentalmente, por el Reglamento Bruselas II bis. Debe a su vez recordarse que

[136] Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE C 319, de 23.12.2009.

[137] "El Reglamento introduce un nuevo criterio de vinculación espacial con el domicilio del consumidor: «cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier otro medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades». La nueva formulación permite incluir dentro de la protección, de forma mucho más generosa, las citadas prácticas contractuales y algunos supuestos referidos a consumidores «activos»" (Sánchez Lorenzo. 2001:193).

[138] Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 135, 20.12.2012, p. 1.

el TJUE ha establecido que lo que deba entenderse por "materia contractual" a fin de determinar esta competencia jurisdiccional, constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión, ello a fin de garantizar su interpretación uniforme en todos los EEMM. Así, por "materia contractual" en el acervo de la UE debe entenderse "la existencia de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante"[139].

En materia de protección de consumidores que celebran contratos transfronterizos, el Reglamento Bruselas I bis recoge en los artículos 17 a 19 (sección IV de su capítulo segundo) un régimen específico que, como señalan Espinar Vicente y Paredes Pérez (2019:82), permite al consumidor también entablar en el foro de su domicilio acciones contra un profesional incluso cuando este se encuentre domiciliado en un tercer estado conforme a lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1. La determinación de la competencia se produce, en lo que interesa a los contratos por vía electrónica que nos ocupan, cuando concurre la condición de consumidor -que contrata con una finalidad ajena a su actividad profesional-, y al tiempo la otra parte del contrato ejerce actividades comerciales o profesionales en el EM del consumidor o dirige sus actividades al mismo por cualquier medio, y existe además un contrato que queda comprendido en el ámbito de dichas actividades. Los autores previamente citados precisan también que, a diferencia de instrumentos anteriores, este foro previsto en el Reglamento Bruselas I bis determina, además de la competencia judicial internacional, la competencia territorial, al hacer una referencia directa al lugar en que el consumidor tenga su domicilio, debiéndose al efecto atender a la legislación de la ley del foro para determinar el tribunal competente. A su vez, el consumidor domiciliado en un EM debe ser demandado ante los tribunales de ese Estado miembro.

Es posible la sumisión expresa también para determinar la competencia, si bien condicionada a que el acuerdo sea posterior al inicio del litigio, añada un foro al que establece el Reglamento –y no lo sustituya-, y a que la ley del domicilio o residencia habitual común de los "cocontratantes" no prohíba ese tipo de acuerdos.

[139] Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, apdo. 38 y 39 y jurisprudencia citada.

A su vez, la otra parte del contrato que no sea consumidor puede ser demandada en el foro de su domicilio o en el del consumidor, y en cualquiera de los dos casos, el tribunal elegido conocerá también de una eventual reconvención.

Es un sistema sencillo y claro, que establece un marco protector del consumidor que debe generar su confianza a la hora de plantearse la contratación con un empresario establecido en otro EM o, incluso, en un tercer estado, si bien en este caso con la eventual incertidumbre de la existencia de cauces adecuados para una ejecución, igualmente sencilla y sin costes desproporcionados, de una eventual sentencia a su favor.

B) Reglamento Roma I

Tan importante como el Reglamento Bruselas I bis es para nuestro estudio, y en esta parte correspondiente a la exposición de la normativa europea aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, la norma que determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales transfronterizas.

Ello en un contexto normativo donde, como señala Calvo Caravaca (2009)[140], el conflicto de leyes, como opción entre diversas leyes estatales posibles, aplicables al contrato, domina la cuestión. Y es que la contratación electrónica presenta un interés central para el Derecho Internacional Privado, al ser habitual en la misma, insistimos, su carácter transnacional favorecido por la naturaleza ubicua de

[140] Con una concisión y claridad notables, el profesor Calvo Caravaca encuadra el contexto histórico del protagonismo actual del conflicto de leyes, en la conferencia "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", dictada en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid el 29 de enero de 2009, en un ciclo de conferencias organizado por la Academia Matritense del Notariado (disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1625-el-reglamento-roma-i-sobre-la-ley-aplicable-a-las-obligaciones-contractuales-cuestiones-escogidas-0-40715707597057993; verificado el 30 de septiembre de 2024). En ella recordaba lo siguiente: "[e]n el siglo XIX se produjeron dos hechos importantes: el desarrollo técnico, que permitió que se pudieran transportar mercancías muy lejos y que las partes pudieran comunicarse a distancia. Surgieron, pues, los contratos entre ausentes. Por otra parte, desde finales del siglo XVIII empezó a surgir el particularismo jurídico, la codificación del Derecho privado. Como consecuencia de ambos factores, comenzó el declive de aquella originaria comunidad internacional de comerciantes y, sobre todo, de su embrionario Derecho uniforme consuetudinario. El problema de la fijación del régimen jurídico de los contratos internacionales se planteó como un problema de conflicto de leyes, como un problema, en definitiva, de opción entre varias leyes estatales posibles".

Internet. Junto con la determinación de la competencia judicial internacional, ya vista y contemplada en la UE en el Reglamento Bruselas I bis, la segunda cuestión fundamental que surge es la determinación de la ley aplicable al contrato.

De forma semejante al Reglamento Bruselas I bis, y siguiendo la pauta de norma de origen convencional propia del inicio del Derecho civil de la UE, el origen del Reglamento Roma I se encuentra en un tratado internacional firmado por los Estados miembros el 19 de junio de 1980 en la ciudad de Roma, el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales[141] (Convenio de Roma), que entró en vigor el 1 de abril de 1991 para los únicamente nueve países entonces parte de la Comunidad Económica Europea.

El Convenio resulta aplicable a las relaciones contractuales cuando exista un conflicto de leyes nacionales (que no quedan resueltos en varios de los supuestos contemplados por la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías), pudiendo designar como aplicable incluso la de un estado no contratante. Quedan excluidas de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas al estado civil o capacidad de las personas, materia testamentaria, régimen económico-matrimoniales y otras del Derecho de familia, las obligaciones aparejadas a títulos negociables (letras de cambio, cheques, etc.), convenios arbitrales, cuestiones propias del Derecho de sociedades, normas sobre prueba o procesales, o contratos de seguro.

El sistema que recoge se funda en el principio de libre elección aplicable al contrato o a una parte del mismo, con la escasa limitación de los contratos reales (donde la ley aplicable por defecto será la *lex rei sitae*) o contratos relativos al transporte de mercancías, donde la ley aplicable viene determinada por el del lugar de carta, descarga, o establecimiento del remitente de las mismas.

Calvo Caravaca (2009:54) apunta que el Convenio de Roma supuso un avance importante para el Derecho Internacional Privado en cuanto al modo de resolver los conflictos de leyes, ya que puso el foco en el principio de proximidad, facilitando la solución de los conflictos utilizando, como medio para ello, "presunciones de

[141] 80/934/CEE: Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. DOUE L 266 de 9.10.1980.

proximidad", lo que permitía postergar el conflicto positivo y evitar soluciones rígidas tradicionales hasta entonces en Derecho Internacional Privado. No obstante, el éxito del nuevo enfoque no fue excesivo, por cuanto los tribunales nacionales siguieron "aferrados a un pasado sin retorno edificado sobre normas de conflicto rígidas y de aplicación inflexible y axiomática". Ello determinó el paso a la aprobación del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales[142] (Reglamento Roma I). De conformidad con lo dispuesto en sus artículos 24 y 28, el Reglamento Roma I comenzó a aplicarse, en lugar del Convenio de Roma, para los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009,

El Reglamento, que establece también el principio de libre elección de ley aplicable (artículo 3), lo combina con el principio de aplicación universal (el artículo 2 permite que la ley elegida no sea la de ningún Estado miembro). Además, y en lo que ahora interesa, contiene normas especiales para los contratos de consumo en su artículo 6, que aseguran la protección del contratista consumidor primando como ley aplicable la del país donde tenga su residencia habitual.

La ley elegida como la aplicable al contrato regirá la interpretación del mismo, el cumplimiento de las obligaciones que surjan del mismo, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las mismas –dentro de los límites establecidos por el Derecho procesal nacional-, la extinción de las obligaciones y las consecuencias de la nulidad del contrato (artículo 12).

También debe reseñarse que su artículo 23 determina el carácter de *lex generalis* del Reglamento Roma I frente a otras normas del Derecho de la Unión que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes sobre obligaciones contractuales (artículo 23). Ello debe ponerse en conexión con el considerando 40 de la norma, que se refiere en este sentido a la DCE, estableciendo expresamente que el Reglamento Roma I "no debe afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulados por otros instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/32/CE[…]".

[142] Reglamento (CE) nº. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 , sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales DOUE L 177 de 4.7.2008.

Dificultades particulares que pueden surgir, en el ámbito del comercio electrónico, para la aplicación de las reglas del Reglamento Roma I, son las relativas a la determinación de lugar de residencia del vendedor o prestador del servicio demandado, que como hemos visto muchas veces actúa u ofrece sus productos a través de un intermediario proveedor de servicios digitales (supuesto en que la intermediación de éste viene a solventar en parte el problema).

En otros casos surgirán dificultades por la falta de manifestación de cual sea el domicilio del vendedor, por el empleo de domicilios aparentes o por las prácticas de cambio de domicilio de conveniencia, que la "opacidad" propia de la Red viene a facilitar frente a otros tipos de contrato. Estas cuestiones, en el ámbito territorial de la UE que nos ocupa, vienen resueltas por la *lex especialis* aplicable, que impone al vendedor obligaciones de información que vienen a paliar estas dificultades (así, como se ha mencionado ya, el artículo 5 de la DCE, que impone incluir entre la obligación general incluida en el contrato la información geográfica donde esté establecido el prestador de servicios). Garantías y cierres de sistema, en pro de la seguridad jurídica de quien contrata servicios y contenidos electrónicos de forma digital, que no se han generalizado en el resto del mundo.

Mención particular requiere el artículo 6 del Reglamento, dedicado a los contratos de consumo. Se completa en el mismo lo que Calvo Caravaca (2020:87), citando a Rhül, denomina los *privilegios jurisdiccionales* que se reconocen al consumidor, y que en lo relativo a la ley aplicable comportan la regla general según la cual el contrato celebrado con un consumidor debe regirse por la ley del país donde este último tenga su residencia habitual. Ello, conforme al apartado 1 de este artículo 6 del Reglamento Roma I, será así cuando concurra una de estas dos condiciones: que el empresario ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el lugar de residencia habitual del consumidor o, no dándose la anterior, dirija por cualquier medio dichas actividades al país donde se ubique dicha residencia o a un grupo de países que lo incluya, cuando el contrato quede comprendido en las citadas actividades del empresario.

Aunque la norma general enunciada cede, según el apartado segundo del mismo artículo, ante la libertad de elección de las partes para determinar la ley que

rija el contrato –libertad establecida con carácter general en el artículo 3 del Reglamento Roma I-, si bien esta posibilidad de elección se condiciona a que el consumidor no pierda, al ejercerla, la protección de las disposiciones que deban aplicarse imperativamente conforme a la ley de su residencia habitual que se hubiese aplicado en defecto de tal elección.

Esta disposición resulta de particular interés en nuestro estudio, pues como señala De Miguel Asensio (2020:209), ha tenido importantes consecuencias debido a la enorme fragmentación existente en las normas de los EEMM sobre normas imperativas de consumo. Ha generado un importante aumento de costes para las empresas que comercializan contenidos y servicios digitales en distintos EEMM de la UE, que deben conocer, atender y respetar las diferentes legislaciones que recogen disposiciones imperativas para la protección del consumidor en los contratos que suscribe en estos ámbitos. Ello ha sido uno de los factores determinantes para la adopción de la DCSD y la DCL, como expresamente señalan sus respectivos considerandos 4 y 7[143]. Es decir, que la normativa UE de Derecho internacional privado a que ahora nos referimos ha contribuido, con las disfunciones generadas en su aplicación, a la convicción del legislador UE sobre la necesidad de regular de manera específica y armonizadora de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales establecidos en la DCSD.

Siguiendo con el régimen establecido en el Reglamento Roma I para los contratos de consumo, y para los supuestos en que no puedan aplicarse los criterios anteriormente expuestos, el artículo 6 en su apartado tercero se remite a los criterios de determinación de la ley aplicable establecidos con carácter general en los artículos 3 y 4 de la norma. En relación con esta libertad de elección, resulta también interesante la reflexión que señala que la DCSD (como tampoco la DCL) impiden la libre elección por las partes de la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo, siempre que dicha libertad no conduzca a los criterios que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, pueden determinar la designación de la ley aplicable como abusiva, por ejemplo cuando se limite a designar como tal la del

[143] De Miguel Asensio (2020:210): "Con el propósito de reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad del marco contractual tanto para los consumidores como para las empresas, las Directivas [DCSD Y DCL] armonizan de manera plena mediante normas imperativas ciertos aspectos de la protección de consumidores en relación con el suministro de contenidos y servicios digitales […["

establecimiento del vendedor, y lo haga de forma que se induzca a error al consumidor al no permitirle tener conciencia de la aplicabilidad de las normas imperativas de la ley de su lugar de residencia[144]. Ello deja de ser una posibilidad potencia, como señala De Miguel Asensio (2020:211), desde el momento en que, por el carácter planamente armonizador de la DCSD, ya no será necesario para el empresario analizar -en aquellos aspectos regulados por la DCSD-, si la ley del EM de residencia del consumidor establece disposiciones imperativas que resulten de aplicación.

Finalmente, el apartado cuarto del mismo artículo 6 del Reglamento Roma I excluye de la aplicación de las reglas establecidas en favor del consumidor en sus apartados 1 y 2 en los supuestos de contratos de servicios que deban prestarse al consumidor exclusivamente fuera del lugar donde este tenga su residencia habitual, contratos de transporte distintos a los de viajes combinados regulados en el acervo UE de consumo, contratos de arrendamiento o relativos a bienes inmuebles (distintos de los regulados en la normativa del acervo UE de consumo sobre uso compartido de inmuebles), así como determinados contratos relativos a servicios financieros.

Los años transcurridos desde la aprobación del Reglamento Roma I (así como del Reglamento Bruselas I bis), ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia interpretativa del TJUE, que resulta interesante traer a colación en algún pronunciamiento relacionado con nuestro estudio.

Así por ejemplo, sobre delimitación del concepto de consumidor en el Derecho Internacional Privado de la UE y en el caso de los contratos mixtos, la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Schrems,* C-498/16[145] estableció que un consumidor que abrió una cuenta en la red social *Facebook* con un propósito inicialmente privado, pero que posteriormente utilizó con fines comerciales ligados a su actividad profesional (en este caso, la captación de clientes para interponer una demanda colectiva frente a la propia red social), no pierde la consideración de

[144] Sentencia TJUE de 28 de junio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl,* C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, apdos. 68 y 69.
[145] Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited,* C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

consumidor que tenía cuando inició la relación contractual (por cierto, cuyo objeto era la prestación y suministro de servicios digitales), pese a que tras ese inicio con fines exclusivamente privados, la misma cambiase su carácter, en lo que al consumidor se refiere, hacia una relación predominantemente comercial o profesional. Y ello, consideró el Tribunal, por cuando al iniciarse la relación contractual el consumidor tenía la consideración de tal, que debe mantenerse al margen de los conocimientos, información y especialización de naturaleza profesional que ulteriormente hubiese adquirido en el sector de los servicios contratados, y también al margen de "su implicación activa en la representación y defensa de los derechos e intereses de los usuarios"[146].

Entiende Calvo Caravaca (2020:95) que el TJUE alteró en este caso la doctrina que había establecido previamente en relación con los contratos mixtos celebrados con consumidores (así, en el previo asunto *Gruber*[147]). Por su parte, De Miguel Asensio (2023b:4) destaca cómo la jurisprudencia del TJUE ha llevado a intensificar la protección del consumidor en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado de la UE (Reglamentos Bruselas I bis y Roma I), y cómo la diferencia en el alcance dado al concepto de consumidor entre estas normas y las normas de protección de consumidores puede dar lugar a distorsiones significativas (en relación, además de a las sentencias a que se acaba de hacer referencia, a las más recientes dictadas en los asuntos C-570/21 y C-455/21[148]).

Para concluir este apartado, traemos a colación la reflexión de este último autor (De Miguel Asensio. 2023b:6) sobre el cierto desfase que presentan las normas sobre protección de consumidores insertas tanto en el Reglamento Bruselas I bis como en el Reglamento Roma I, en relación con las nuevas necesidades que plantean los acusados desequilibrios que se plantean en el entorno de la contratación digital, y cómo puede apreciarse una cierta tendencia en la UE a reequilibrar las posiciones de las partes en el contrato, reforzando la protección de ciertos empresario (aquellos de menor tamaño) y permitiendo que los EEMM puedan en algunos casos

[146] Ibidem, apdo. 39.
[147] Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2005, *Johann Gruber contra Bay Wa AG*, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, apdos. 39, 42, 45 y 46.
[148] Sentencias del TJUE de 8 de junio de 2023, *YYY (Notion de consommateur)*, C-570/21, ECLI:EU:TJ:2023:456, y de 8 de junio de 2023, *Lyoness Europe*, C-455/21, ECLI:EU:TJ:2023:455.

extender el ámbito de aplicación de estas normas protectoras a las PYMES. Es una cuestión que resulta de interés en relación con la DCSD, y que como se expondrá más adelante, se ha suscitado en relación con su ámbito subjetivo de aplicación.

6. - Derecho de propiedad intelectual

No puede esta parte expositiva de la normativa UE que afecta los contratos de suministro digital, dejar de mencionar la normativa de propiedad intelectual, que tiene también una particular incidencia en este ámbito, considerando que muchos de los productos digitales (contenidos audiovisuales, musicales, obras literarias) que hoy se comercializan principalmente a través de plataformas digitales, están protegidas por esta normativa.

En Bercovitz Rodríguez-Cano *et alii* (2019:19) se recuerda que el concepto de propiedad intelectual puede entenderse en un sentido estricto, que se identifica con el derecho de autor y aquellos otros conexos o afines al mismo (se refiere al conjunto de derechos, personales y patrimoniales que se atribuyen a la persona física que crea una obra literaria y artística sobre la misma, siempre que se trate de creaciones originales, expresión de la creación del autor). Es el sentido en que se emplea el término en nuestra Ley de Propiedad Intelectual[149] . Pero también puede entenderse en un sentido más amplio, siendo esta la acepción empleada en foros internacionales como la OMPI o la OMC, y otras legislaciones nacionales. En este caso la noción engloba también lo que en España se conoce como propiedad industrial (patentes, marcas, diseños industriales, etc.), siempre que se trate de creaciones originales de un autor e impliquen una expresión de dicha creación.

La legislación de propiedad intelectual ha ido abordando los retos que le ha ido planteando la revolución digital, en muchos casos con nuevos y poco controlables medios para la difusión, adquisición o disfrute en *streaming* de

[149] 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. BOE nº. 97, de 22 de abril de 1996.

contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. La tecnología permite hoy la digitalización de creaciones literarias, fotográficas o audiovisuales con absoluta fidelidad al original, así como su presentación en formato digital y, con ello, su comercialización a través de soporte material o inmaterial (De Miguel Asensio. 2023:274).

Es quizá en el marco del contrato de suministro de contenidos digitales donde con más claridad puede apreciarse la confluencia de los distintos intereses a que atienden el Derecho de consumo y la propiedad intelectual, en el sentido de que la reproducción de contenidos a través de plataformas digitales no confieren, en términos generales (ya que existe también la posibilidad de adquisición y descarga de la obra), ningún derecho de propiedad ni incluso de reproducción ulterior de la obra suministrada a través de la red[150].

Aunque como señala Sánchez Aristi (2024:476-477) no existe una equivalencia completa entre "contenidos y servicios digítales" y "objetos protegidos por la propiedad intelectual" -ya que tan digitales son cualesquiera otros datos que no integren objetos protegidos por esos derechos, como los servicios digitales permiten tratar, compartir, almacenar o consultar datos en formato digital, disfruten o no de esa protección-, en la mayoría de casos en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales se verán involucrados bienes inmateriales sobre los que pueden recaer derechos de propiedad intelectual, que podrían afectar, impidiendo o limitándolo, el uso o disfrute de los contenidos y servicios suministrados.

La normativa de protección de la propiedad intelectual tiene carácter tanto internacional (como el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas[151], que remite a una protección al autor equivalente a la otorgada a los nacionales de otros estados signatarios, como primera referente, o los convenios de

[150] Señala Cámara Lapuente (2018:395) la colisión que en el contexto digital se produce entre el Derecho de consumo y el Derecho de propiedad intelectual en cuanto cada uno de ellos atiende a intereses opuestos, y que requieren un ejercicio de ponderación por el legislador.

[151] Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886 (enmendado el 28 de septiembre de 1979). https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283694 .Verificado el 30 de septiembre de 2024.

la OMPI sobre Derecho de autor[152], y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas[153]), como propiamente del ámbito territorial de la Unión Europea.

En lo que se refiere al acervo UE en la materia al que propiamente nos referimos, son muy numerosas las disposiciones que pueden citarse por regular la materia, si bien la referencia fundamental la constituyen la Directiva 2001/29 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derecho fines a los derecho de autor[154], y la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derecho afines en el mercado único digital[155].

Es esta última, sin duda la que ha de merecer nuestra atención principal, por cuanto tiene como ámbito propio de aplicación el que corresponde al trabajo que exponemos. No obstante, hay que tener presente que la Directiva 2001/29 establece un régimen general, que al igual que mencionábamos respecto de la Directiva 93/13/CE en el ámbito del Derecho de consumo, ha sido objeto de numerosas resoluciones interpretativas del TJUE, existiendo un acervo jurisprudencial sobre la materia particularmente relevante, que hace que dicha Directiva constituya la principal referencia del *aquis* de consumidores.

Por su parte, la Directiva 2019/790 amolda la aplicación del Derecho de autor respecto del marco general que impone la Directiva 2001/29, al establecer un régimen de excepciones en cuanto a la posibilidad de reproducción de las obras (por

[152] Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. https://www.wipo.int/wipolex/es/text/295167 Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[153] Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12743 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[154] Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. DOUE L 167 de 22.6.2001, p. 10.
[155] Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. DOUE L 130 de 17.5.2019, p. 92. Explica el considerando tercero de esta Directiva que "[l]a rápida evolución tecnológica transforma sin cesar la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones. Siguen surgiendo nuevos modelos de negocio y nuevos agentes. La legislación aplicable debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico. Los objetivos y los principios establecidos por el marco de la Unión en materia de derechos de autor continúan siendo sólidos. Con todo, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, en lo que se refiere a determinados usos, entre ellos los de carácter transfronterizo, de las obras y otras prestaciones en el entorno digital".

ejemplo, en relación con las actividades de minería de textos y datos –artículo 4-, o en ámbitos pedagógicos –artículo 5)-, además de modificar de manera sustancial el régimen de preservación de Derechos y de gestión de licencias para la explotación de la obra.

La concatenación de la normativa UE sobre Derecho propiedad intelectual con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales es amplia. Más allá de la protección dispensada a los programas de ordenador (largo tiempo recogida en la Directiva 91/250[156] y hoy trasladada a la Directiva 2009/24/CE[157]), o a las bases de datos (mediante la Directiva 96/9/CE[158]), la cuestión radica, como señala Sánchez Aristi (2024:477) en el cambio que la tecnología digital ha determinado en la relación que tradicionalmente ha existido entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los destinatarios de sus obras. Estos, en el entorno analógico no necesitaban adquirir ningún derecho de propiedad intelectual, ni entraban en una relación directa con el titular de esos derechos (porque no eran licenciatarios ni cesionarios de los mismos, al limitarse al consumo o disfrute de la obra y no a su explotación).

Pero la situación ha cambiado en el mundo digital, en el que muchos de los actos que son habituales en el usuario final de la obra o prestación protegida, pueden afectar directamente a los derechos de propiedad intelectual, lo que conduce a que dicho usuario final deba adquirir una licencia de uso. Sigue indicando Sánchez Aristi (2024:478) que el titular de los derechos de propiedad intelectual puede haber establecido restricciones que afecten a la comercialización del contenido o servicio digital, restricciones que pueden entrar en conflicto con el estándar de conformidad objetivo que establece la DCSD.

Otra cuestión importante que plantean los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en relación con la propiedad intelectual, es si la transmisión interactiva de una obra protegida ha de considerarse un derecho de

[156] Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. DOUEJ L 122, 17.5.1991, p. 42.
[157] Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. DOUE L 111, 5.5.2009, p. 16
[158] Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. DOUE L 77, 27.3.1996.

distribución de comunicación al público, en la modalidad de puesta a disposición del mismo. El primero supone la creación de una posibilidad de acceso a través de una red de comunicación (pudiendo el público acceder a la obra desde cualquier lugar y en cualquier momento), mientras que en el segundo implica un acceso del público a la obra sin previa distribución de ejemplares a quienes lo componen. Por ello, concluye Sánchez Aristi (2024:480), un contenido digital sujeto a derechos de propiedad intelectual puede ser objeto de distribución (p. ej. si se encuentra incorporado en un bien tangible, como un CD o DVD), o de puesta a disposición del público (en el caso de un archivo audiovisual transmitido por Internet); en este último caso, además, se suscita la duda de si esa transmisión por la red que termina en una reproducción en el dispositivo del usuario ha de considerarse un supuesto de distribución o si, teniendo en cuenta que el proceso tiene naturaleza íntegramente electrónica, lo que se crea es una mera posibilidad de acceso a favor del destinatario del servicio, que se "fabrica" su propio ejemplar de la obra sin que pueda afirmarse con rotundidad que se lo ha proporcionado el suministrador del contenido o servicio.

Cuestiones sin duda complejas, que ponen de manifiesto la estrecha vinculación de los contratos objeto de la DCSD con el derecho de propiedad intelectual, que es además objeto en su regulación de preceptos específicos, como se expondrá: la vulneración del derecho de propiedad intelectual de que pueda ser titular un tercero determina un supuesto particular de falta de conformidad, que permitirá al consumidor acudir a las medidas correctoras previstas en la misma DCSD. En todo caso, y como se expondrá en su momento, la regulación particular que nos proponemos estudiar no ampara ni permite persistir en la violación del derecho de propiedad intelectual.

Otros aspectos de la problemática especial que pueden presentar los derechos de propiedad intelectual en el marco de los contratos electrónicos transfronterizos han sido abordados por la jurisprudencia del TJUE. Por ejemplo en la sentencia dictada en el asunto *Nintendo*[159], en la que se declaró que cuando "un operador recurre al comercio electrónico proponiendo a la venta en su sitio de

[159] Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo Co. Ltd*, C-24/16, ECLI:EU:C:2017:724, apdo. 107.

Internet, destinado a consumidores situados en varios Estados miembros, productos que infringen los derechos conferidos por dibujos o modelos comunitarios, que es posible visualizar en la pantalla y encargar mediante dicho sitio, constituye una oferta de venta de tales productos". Surge en tales casos la responsabilidad del operador por poner en el mercado productos infractores, ya que debía entenderse esa oferta como "utilización" en el sentido del artículo 19, apartado 1, del Reglamento (CE) nº. 6/2002[160].

Igualmente, los efectos que para sus EEMM tiene el Derecho de la UE en relación con los convenios internacionales preexistentes firmados por aquellos, es otra cuestión atendida por la jurisprudencia del TJUE en el marco de la Propiedad intelectual. La doctrina puede tener relevancia para nuestro estudio, en la medida en que resulta trasladable a convenios internacionales existentes en otros ámbitos, como el de la contratación internacional por medio digitales.

Más reciente es la sentencia TJUE de 24 de octubre de 2024, asunto *Kwantum*[161], en la que se ha venido a reconocer el derecho de una sociedad mercantil a reivindicar la protección de los derechos de autor sobre cualquier objeto de artes aplicadas comercializado en un Estado miembro que pueda calificarse de «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29, por estar comprendida en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión (en este caso, una silla de diseño). Ha recordado asimismo que, aun cuando el Convenio de Berna lo permitiese expresamente en su artículo 2, los EEMM de la UE no pueden ya aplicar el criterio de reciprocidad material, por resultar contrario a la normativa UE, y afirmando que corresponde en exclusiva al legislador de la Unión, de conformidad con el artículo 52, apartado 1, de la Carta, establecer, mediante una normativa de la Unión, si procede limitar la concesión en la Unión de los derechos previstos en los artículos 2 y 4 de dicho Convenio.

[160] Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios
DOUE L 3, 5.1.2002.
[161] Sentencia TJUE de 24 de octubre de 2024, *Kwantum*, C-227/23, ECLI:EU:C:2024:914.

También en la sentencia TJUE de 8 de septiembre de 2022, asunto *RAAP*[162]. A raíz de una cuestión prejudicial irlandesa en la que, interpretando la Directiva 2006/115/CE[163], en relación con el Convenio de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas[164], se cuestionó la discrecionalidad de los EEMM para aplicar criterios de reciprocidad para el reconocimiento y remuneración de derechos de autor, y entendió que el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115 no permite que los EEMM limiten unilateralmente el derecho de remuneración equitativa y única de artistas, intérpretes o ejecutantes, así como de los productores de fonogramas nacionales de terceros Estados que hubieran formulado reservas y limitado en su territorio el reconocimientos de tales derechos de autor conforme al Convenio OMPI. Entendía no obstante que la UE sí podía considerar e introducir en ciertos casos esas limitaciones respecto de autores de esos terceros estados. También consideró el TJUE que la Directiva no permitía que el derecho de autor pudiese limitarse de modo que únicamente el productor del fonograma perciba una remuneración, sin repartirla con el artista intérprete o ejecutante que haya contribuido al fonograma.

Este pronunciamiento abrió un debate sobre los derechos de autores de terceros estados por las escuchas de sus obras en la UE. La Comisión Europea lanzó una consulta pública que desembocó en un estudio[165] sobre la cuestión, tanto para determinar qué EEMM deberían revisar sus legislaciones nacionales para adaptarlas al pronunciamiento del TJUE, como para valorar la necesidad de una actuación normativa de la UE para adoptar medidas de reciprocidad acomodadas al pronunciamiento del TJUE.

[162] Sentencia TJUE de 8 de septiembre de 2022, *Recorded Artists Actors Performers Ltd y otros* (RAAP), C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677.
[163] Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. DOUE L 376 de 27.12.2006..
[164] Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de 20 de diciembre de 1996. https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/textdetails/12743 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[165] Study on the international dimension of the single equitable remuneration right for phonogram performers and producers and its effect on the European Creative Sector. Comisión Europea. 2023. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/62798289-dccd-11ed-a05c-01aa75ed71a1/language-en. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

La interpretación amplia del concepto de "comunicación al público" del artículo 3 de la Directiva 2001/29 que ha efectuado el TJUE incluye supuestos como la retransmisión en *streaming* a través de Internet por un tercero de obras incluidas en una emisión de televisión terrestre (De Miguel Asensio. 2023:296), o la efectuada por un hotel al poner la programación a disposición de sus clientes alojados en él tiene especial importancia.

En efecto, la jurisprudencia del TJUE ha decantado un concepto "comunicación pública" conforme a la Directiva 2001/29 autónomo para el Derecho UE, entendiéndola en un sentido amplio. Como señala Bercovitz Rodríguez-Cano (2019:340), tras el análisis de la jurisprudencia pertinente, y aunque excluye de la comunicación pública "la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación", sí incluye como tal acto de comunicación pública la distribución de la señal de televisión por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en el mismo a través de televisiones instaladas en las habitaciones y en lugares comunes del establecimiento. Efectúa el tribunal dicha consideración por cuanto considera "que la clientela de un hotel constituye un público a los efectos de la comunicación a la misma de programas de televisión en las habitaciones, puesto que está compuesto por un número indeterminado y considerable de personas"[166], bastando con que los programas de televisión estén a disposición de dichos clientes, y prescindiendo, a los efectos de la consideración de esa comunicación pública, de que los mismos haya disfrutado o no de tales programas.

Sin embargo, no ha considerado como tal comunicación la efectuada por un hotel de las emisiones de radio o televisión recibidas vía satélite entre sus habitaciones, al no considerarse que aquel tuviese la condición de "distribuidor por

[166] "A este respecto, la clientela de un establecimiento hotelero es efectivamente un público nuevo. La distribución de la obra radiodifundida a esta clientela a través de aparatos de televisión no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura. Por el contrario, el establecimiento hotelero interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus huéspedes la posibilidad de acceder a la obra protegida. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontrarán dentro de la mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida". Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006. *SGAE contra Rafael Hoteles,* C-306/05. ECLI:EU:C:2006:764, apdo. 42.

cable"[167] (interpretada la Directiva 2006/115/CE[168]).

Esta jurisprudencia constituye una muestra de esta intersección, que exige tener debidamente en cuenta, al examinar los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, la adecuada imbricación con el acervo UE sobre Derecho de propiedad intelectual Como veremos al examinar el contenido de la DCSD, la cuestión ha sido en esta norma objeto de particular atención, determinando en el artículo 10 de dicha DCSD una posibilidad particular del consumidor para solicitar la aplicación de medidas correctoras por falta de conformidad.

7.- Derecho de la Competencia

Como hemos dicho ya, uno de los motivos que llevaron a considerar la necesidad de adoptar el Reglamento de Mercados Digitales fueron las dificultades a que se enfrentaba la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión en el sector digital, derivadas del alto grado de concentración de las plataformas digitales en el mercado mundial y europeo. Ello hace aconsejable abordar ahora el marco normativo relativo al Derecho de la competencia de la Unión, en lo que resulta de interés para atender la regulación de la contratación electrónica.

Dicho grado de concentración, como señala Guerrero Pérez (2021:355)[169], comporta riesgos importantes de abuso de posición dominante, como puso de relieve el informe *Competition policy for the Digita era*[170], encargado por la Comisión a un grupo de expertos independientes. En dicho informe se identificaban estas

[167] Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2022, *RTL Televisión GmbH y Grupo Pestana*, C-716/20, ECLI:EU:C:2022:643. Fallo.

[168] Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO 2006, L 376, p. 28

[169] "Respecto a las prácticas de abuso de posición dominante, la Comisión destaca que determinados mercados digitales se caracterizan por un alto grado de concentración, un rasgo de esta industria que parece reforzado por la importancia de los efectos de red propios de los mercados tecnológicos". Guerrero Pérez (2021:355)

[170] Crémer, . De Montjove, Y-A. Schweitzer, H. *Competition policy for the digital era.* Comisión Europea. Bruselas 2019. Disponible en https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

dificultades y se señalaban posibles soluciones, tanto en la fase de aplicación del Derecho de competencia, como en lo atinente a la actualización y revisión de las orientaciones existentes para mejorar su aplicación en el entorno digital. Se propugnaba también procurar un mejor conocimiento, por parte de los agentes responsables de aplicar el Derecho de la competencia, de los aspectos tecnológicos que impulsan el sector digital, así como de la enorme relevancia alcanzada por la explotación de los datos en este sector (Cremer, Montjoye, Schweitzer. 2019:127).

En el contexto de esta reflexión se adoptó en 2019 el Reglamento sobre fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea[171], cuyo considerando 7 señala la necesidad de "establecerse un conjunto específico de normas obligatorias a nivel de la Unión para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo, predecible, sostenible y confiable", particularmente para los usuarios profesiones que recurren a los servicios de intermediación en línea.

El enorme poder que da su posición de dominio a las plataformas digitales de intermediación en el mercado del comercio electrónico, en cuanto a la capacidad de alterar, mejorando o empeorando, la visualización o prestigio ante el consumidor de unos prestadores de bienes o servicios frente a otros ha sido objeto de diversas decisiones de la Comisión Europea en materia de competencia, impugnadas ante el TJUE, y que han puesto de manifiesto esta situación de enorme dominio en los mercados de referencia[172].

A fin de ejemplificar estas afirmaciones, resulta interesante referirnos a dos asuntos planteados y resueltos (al menos en primera instancia) por el TJUE. En ambos casos, los asuntos judiciales revisan decisiones adoptadas por la Comisión en materia de Derecho de la competencia, en relación con empresas que gestionan grandes plataformas digitales. En ellas se puede constatar cómo la actuación de estas plataformas, que se encuentran entre las que ocupan una posición hegemónica

[171] Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. DOUE L 186, 11.7.2019, p. 57.
[172] Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, *Google LCC y Alphabet, Inc/Comisión* T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763.

en el mercado digital, utilizan sus capacidades y sinergias con absoluta falta de transparencia hacia el consumidor, limitando con ello sus posibilidades de acceder de forma igualitaria a las ofertas del mercado digital, incluida la oferta de suministro de contenidos y servicios digitales.

En el asunto *Google LCC y Alphabet, Inc*/Comisión, T-612/17, en el que el TG que validó en su casi totalidad la Decisión C(2017) 4444 final, de la Comisión Europea, adoptada el 27 de junio de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [asunto AT.39740 — Búsqueda de Google (Shopping)], por la que sancionó a Google por abuso de posición dominante, al considerar probado que esta plataforma –operadora del motor de búsqueda por Internet más utilizado en el mundo y en la UE-, posicionaba y resaltaba su comparador de productos en sus páginas de resultados generales de forma más marcada que los comparadores de productos de la competencia, estimando que Google LLC y de Alphabet, Inc., habían desarrollado prácticas constitutivas de abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE en trece mercados nacionales de búsqueda general de la UE y el Espacio Económico Europeo, por lo que se le impuso una multa de 2.424.495.000 euros. La sentencia del Tribunal General fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia (asunto C-48/22 P), que en sentencia dictada el 10 de septiembre del 2024 ha confirmado íntegramente la sentencia de instancia y, con ello, la Decisión de la Comisión Europea[173].

Igualmente, el asunto *Google LCC y Alphabet, Inc/Comisión*, T-604/18[174], en el que la decisión impugnada fue la emitida por la Comisión el 18 de julio de 2018, C(2018) 4761 final, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 TFUE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (asunto AT.40099 — Google Android). En dicha Decisión se sancionó con una multa de 4.342.865.000 euros a Google por incorporar restricciones en los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles celebrados con fabricantes de equipos originales y operadores de redes móviles, que venían obligados a seguir las indicaciones de Google si desean instalar las

[173] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, *Google LCC y Alphabet, Inc/Comisión*, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726.
[174] Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022, *Google LCC y Alphabet, Inc/Comisión*, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541

aplicaciones y servicios privativos de Google en los dispositivos móviles vendidos a usuarios finales. En esta sentencia (pendiente en la actualidad de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, asunto C-738/22 P), se recoge el dato constatado por la Comisión Europea en su decisión, de que en torno al 80% de los dispositivos móviles (*smartphones*) de la Unión Europea y en el mundo funcionan con el sistema Android, adquirido en 2005 por Google y que desde entonces comercializa este gigante empresarial.

Fruto de la preocupación por asegurar la eficiente aplicación de las normas de competencia de la Unión, y preservar el adecuado funcionamiento del mercado único digital de cara a los consumidores, ha sido la adopción en 2022 del Reglamento (UE) 2022/720[175], en vigor desde el 1 de junio de 2022, que ha sustituido al anterior Reglamento (UE) 330/2010 de exención por categorías. En este Reglamento de 2022 se atiende, por primera vez en esta norma clave del Derecho de la competencia de la Unión, a la importancia de la distribución de bienes y servicios a través de las plataformas digitales. Su artículo 1, apartado 1, letra g) define los "servicios de intermediación en línea", como aquellos de la sociedad de la información mediante los que las empresas pueden ofrecer sus bienes y servicios tanto a otras empresas (para facilitar la contratación con ellas) como a consumidores finales (que contraten electrónicamente con las empresas oferentes de esos bienes y servicios). Pues bien, su artículo 2, apartado 2, engloba ya, en la exención que aplica a los acuerdos verticales (entendiendo estos, conforme al artículo 1, apartado 1, letra a), aquellos acuerdos de concentración entre empresas que operen en distintos niveles de la cadena productiva o de distribución y que tengan por objeto las condiciones de compra, venta o reventa de determinados bienes y servicios), a los acuerdos celebrados en el marco de los servicios de intermediación en línea[176].

[175] Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE L 134, 11.5.2022.

[176] Servicios de Intermediación en línea que, a efectos de este Reglamento, se entienden en un sentido amplio que incluye los mercados de comercio electrónico *online,* las tiendas de software de aplicación *online*, y las redes sociales electrónicas (apdo. 1 de la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea. Documento COM(2018) 238 final de la Comisión Europea. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52018PC0238 . Verificado el 30 de septiembre de 2024).

Es muy amplio el tipo de acuerdos verticales que, en el ámbito de la distribución de bienes por Internet, pueden considerarse incluidos en esta exención en el nuevo Reglamento que, según De Miguel Asensio (2023:211-213), ha modernizado el régimen de estas exenciones, y que recoge, en su artículo 1, la distinción entre "ventas activas" y "ventas pasivas", particularmente significativa en el marco del comercio electrónico.

Entre los acuerdos verticales de distribución eximidos se encuentras los de distribución dual, generalizados en el ámbito de las plataformas digitales y que se definen como "aquellos acuerdos en que el proveedor va a comerciar con sus bienes o servicios no solo a nivel ascendente, sino también a nivel descendente, con la característica de estar compitiendo con sus distribuidores independientes […] situación en donde un fabricante decide distribuir sus productos de manera directa, por ejemplo, utilizando sus propios distribuidores y, de igual forma, realiza contratos con distribuidores independientes" (Trujillo Jiménez. 2022:181). Es decir, son acuerdos entre empresas competidoras, que en el ámbito digital tienen un tratamiento particular en el citado Reglamento, al excluir su artículo 2, apartado 6, de la exención aquellos acuerdos relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea en los que el proveedor de servicios de intermediación sea una empresa competidora en el mercado de referencia para la venta de los bienes o servicios intermediados, y ello por cuanto, en tales casos, la plataforma digital intermediadora tiene razones poderosas para alterar la libre competencia en el mercado de los bienes que intermedia (De Miguel Asensio. 2023: 214).

Para finalizar este rápido repaso a las normas UE sobre Derecho de la competencia, en lo que principalmente afecta al marco de la sociedad de la información y las empresas intermediarias en la contratación electrónica, debe citarse también el Reglamento (CE) n° 139/2004 de concentraciones[177], que atiende a las reestructuraciones de empresas a fin de controlar las concentraciones empresariales (fusiones o adquisiciones) que puedan perjudicar a la competencia (considerando 6). Dicho control se efectúa esencialmente imponiendo una obligación de notificación previa cuando la operación tiene una dimensión

[177] Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOUE J L 24, 29.1.2004, p. 1.

comunitaria (de acuerdo con los umbrales de volumen de negocios y número de Estados miembros a que afecte definidos en el artículo 1 del Reglamento). En función de los efectos que pueda producir sobre la competencia en el mercado único, la Comisión puede suspender, impedir, ordenar la disolución o sujetar a determinadas condiciones a la operación de concentración[178].

Como advierte De Miguel Asensio (2023:217), la aplicación del Reglamento de concentraciones a las empresas de la economía digital plantea dificultades específicas, particularmente cuando afecta a empresas que, sin tener una dimensión excesiva, presentan sin embargo un potencial innovador importante. Resulta interesante sobre esta cuestión el informe publicado por la consultora *Copenhagen Economics,* en relación con las fusiones en el entorno de las plataformas digitales y empresas de comercio electrónico, a partir del concepto de "ecosistemas" empresariales definido por la OECD[179], y que tiene un ejemplo paradigmático en los mercados de plataformas digitales[180] . Partiendo del estudio realizado por la

[178] Sobre este Reglamento de concentraciones, y en un asunto que afectó a una gran plataforma digital, la sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, *Google LCC y Alphabet, Inc,* T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, en su apdo. 506, señala que "el control europeo de las concentraciones de dimensión europea pretende evitar situaciones perjudiciales para la competencia como consecuencia de la mera creación o refuerzo de una posición dominante de resultas de las cuales la competencia efectiva en el mercado interior o una parte sustantiva de este sea obstaculizada de forma significativa, sin partir de la hipótesis de que las empresas que van a reagruparse adoptarán, además, comportamientos abusivos. Por lo tanto, los criterios de apreciación de la necesidad de que la Comisión intervenga prohibiendo una concentración difieren, en razón de los efectos sobre la competencia en el mercado, de los que se aplican cuando la Comisión puede apreciar la existencia de un abuso de posición dominante y requerir a la empresa de que se trate a que ponga fin al comportamiento en cuestión

[179]OECD (2020). *Some Economics of Digital Ecosystems* – Note by Marc Bourreau, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf. Verificado el 30 de septiembre de 2024. El concepto de "ecosistema" alude al fenómeno de la diversificación de negocios seguido por las grandes plataformas digitales, que se expanden en nuevos mercados en los que introduciendo en ellos nuevos bienes y servicios, aprovechando su presencia en diversos mercados ("[t]he concept of "ecosystem" has been developed in the strategic management literature, where it designates, roughly speaking, a group of firms that interact and depend on each other's activity", pág. 3). Su desarrollo se explica, como también se indica en esta nota (pag. 2), en relación con esta tendencia seguida por las grandes plataformas GAFAM, afirmando lo siguiente "[t]heir multimarket presence allows big-tech firms to offer product ecosystems, that is, lines of products and services linked through shared functionalities, which provide benefits to the consumers when used together. For example, Apple offers an ecosystem of digital devices (the iPhone, the iPad, the iWatch, etc.), and Google an ecosystem of digital services (Gmail, Maps, Youtube, Google Doc, etc.)".

[180] "Un ecosistema digital es una red de tecnologías, plataformas y servicios digitales interconectados que interactúan entre sí para crear valor para empresas y consumidores. Se compone de varios elementos, como software, hardware, datos y personas, que trabajan juntos para facilitar las transacciones digitales, la comunicación y la colaboración a lo largo de varios viajes de los clientes. Estos recorridos del cliente pueden estar interconectados, y el ecosistema puede apoyar diversas actividades, como el comercio electrónico, las redes sociales, las soluciones de software, las ofertas de hardware y el entretenimiento digital. En un contexto empresarial, un ecosistema digital también puede referirse al conjunto de

Comisión Europea y la Autoridad británica de competencia de una serie de fusiones empresariales en el sector digital (Amazon/MGM, Google/Photomath, y Booking/eTraveli), se analizan los riesgos para la competencia que puede implicar la adquisición de servicios vecinos por parte de grandes plataformas que operan en uno de estos *ecosistemas,* cuando ello le proporcionan nuevas capacidades tecnológicas o la posibilidad de llegar a nuevos consumidores, y al tiempo le proporciona nuevos vínculos tecnológicos o una complementariedad entre los bienes o activos de las partes que se fusionan[181].

Es innegable el reflejo que han tenido en otras normas integrantes del *aquis* de la Unión sobre Derecho de la competencia las necesidades regulatorias derivadas de la extensión del comercio electrónico. Así, el Reglamento 330/2010[182] sobre acuerdos verticales, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ha sido sustituido, desde el 1 de junio de 2022, por el Reglamento 2022/720[183], que ha incluido en su artículo 4 que identifica las restricciones de la competencia que conllevan la retirada del beneficio de la exención por categorías, y se consideran por ello restricciones especialmente graves de la competencia. El apartado f), de dicho artículo dispone que serán consideradas entre tales restricciones:

> *Impedir el uso efectivo de internet por parte del comprador o de sus clientes para vender los bienes o servicios contractuales, ya que restringe el territorio en el que, o los clientes a los que, pueden venderse los bienes o servicios contractuales en el sentido de las letras b), c) o d), sin perjuicio de la*

plataformas y tecnologías digitales que una empresa utiliza para relacionarse con sus clientes, socios y otras partes interesadas" (TALIN.2023).

[181] "The acquisition of a neighbouring, linked service by a firm operating an ecosystem may raise competition concerns if the acquisition entrenches the acquirer's already strong market position, because of new consumers or new capabilities that it acquires. This strengthening can arise from the leveraging of technological links and complementarities between the different assets and products of the parties. This effect can be magnified by the presence of network effects, economies of scale and scope, or accumulation of critical data." (HAANPERÄ. 2021)

[182] Reglamento (UE) n o 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE L 102, 23.4.2010.

[183] Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE L 134, de 11.5.2022.

posibilidad de imponer al comprador:

I) otras restricciones de la venta en línea, o

ii) restricciones de la publicidad en línea que no tengan por objeto impedir el uso de un canal de publicidad en su totalidad;

Este supuesto no se contemplaba en el previo Reglamento 330/2010.

Igualmente, en la Comunicación 2022/C-248/01 de la Comisión, de 30 de junio de 2022, "Directrices relativas a las restricciones verticales", se ha incluido un novedoso apartado 47 respecto de la versión de dichas Directrices de 2010, dedicado a los contratos de agencia y la economía de las plataformas en línea, que describe aspectos interesantes de las empresas que operan en la economía de las plataformas en línea. Sobre ellas, la Comisión señala que, en general, *actúan como operadores económicos independientes y no como parte de las empresas a las que prestan servicios.* Suelen, además, *prestar servicio a un gran número de vendedores, lo cual les impide convertirse de manera efectiva en parte de alguna de las empresas de vendedores. Además, los fuertes efectos de red y otras características de la economía de las plataformas en línea pueden contribuir a un desequilibrio significativo en cuanto al tamaño y la capacidad de negociación de las partes contratantes. Esto puede dar lugar a una situación en la que las condiciones en las que se venden los bienes o servicios y la estrategia comercial las determina la empresa que opera en la economía de las plataformas en línea y no los vendedores de los bienes o servicios.*

Los retos que está planteando la aplicación de las normas del Derecho de la competencia de la UE en el sector del comercio electrónico y las plataformas digitales llevaron a la Comisión a considerar la necesidad de una nueva solución que abordase dichos problemas de manera eficiente, hoy denominada "Nueva Herramienta de Competencia" (NCT en sus siglas en inglés), aprovechando la adopción del RSD[184]. Se pretendía que esta herramienta permitiese una intervención *ex ante* a los servicios de competencia de la Comisión Europea, a fin de identificar

[184] SCHWEITZER, H. (2020). *The New Competition Tool: Its institutional set-up and procedural design*. *Expert report.* Comisión Europea. Disponible en https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/kd0420574enn.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

riesgos estructurales para la competencia (incluidos los derivados de operaciones de fusión) en mercados con alto nivel de concentración, y particularmente en el mercado digital, si bien el ámbito de aplicación de esta nueva herramienta no había sido finalmente decidido[185].

La propuesta de NCT, sometida a consulta pública entre junio y septiembre de 2020, ha sido finalmente abandonada por la Comisión en junio de 2023[186], quizá considerando el próximo final, en aquel momento, del mandato de la primera Comisión Von der Leyden.

Esta exposición de las normas sobre competencia del Derecho de la Unión, en su vertiente aplicativa a los mercados digitales, nos lleva a compartir la afirmación de Guerrero Pérez (2021:371) de que "el actual marco regulatorio de la UE aún no ha abordado específicamente el poder económico que ejercen estas grandes plataformas en línea", si bien puede añadirse que la aprobación del RSD ha significado un avance importante en ese objetivo.

8.- La regulación del geobloqueo y la portabilidad de contenidos y servicios digitales

Una de las primeras medidas adoptadas en ejecución de la Estrategia MUD fue la dirigida a limitar el bloqueo geográfico injustificado de contenidos difundidos por Internet dentro de la UE.

[185] *One of the decisions to be taken by the EU legislator is the scope of the NCT in this regard. In doing so, it will need to consider that – as demonstrated by the evolution of digital markets – competition concerns can arise from an intricate mixture of market features, including economic characteristics, technological factors, firm conduct and consumer behaviour that interact with one another in potentially complex ways*. (SCHWEITZER. 2020:10).

[186] https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Para ello, se adoptó el Reglamento (UE) 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico indiscriminado[187], en vigor el 3 de diciembre de 2018. En mismo aborda una cuestión que resulta clave en un estudio sobre los contratos de suministro de contenido y servicios digitales: la posibilidad de acceder a los mismos y poder contratarlos y obtenerlos, en ejecución del contrato, en un Estado miembro diferente a aquel en que se ofrecen dichos contenidos.

Como señala González de León Berini (2021:53), "los vendedores deben tratar en el mundo *online* a todos los consumidores de la UE por igual, independientemente de donde elijan comprar", y ello adquiere una especial significación, como decimos, en el caso de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Así lo pone además de relieve la propuesta de Reglamento sobre geobloqueo propuesta por la Comisión en 2016[188], que señala que la misma viene a completar otras iniciativas, entre las que cita precisamente la propuesta de lo que más tarde serían las directivas DCSD y DCL.

Debe sin embargo tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 4, apartado 1, el Reglamento no incluye en su ámbito de aplicación aquellos servicios "cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, y permitir su utilización, incluida la venta de obras protegidas por Derechos de autor y prestaciones protegidas que no tengan soporte material". Quedan excluidos, por tanto, una parte importante de los contratos de suministro de contenidos digitales, ello sin perjuicio de la cláusula de revisión periódica que incluye el artículo 9 del Reglamento, en cuyo apartado segundo se encarga a la Comisión que analice la

[187] Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.° 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE. DOUE L 60I, de 2.3.2018.

[188] Propuesta de Reglamento sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Documento COM(2016) 289 final. Bruselas, 25 de mayo de 2016. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2016%3A0289%3AFIN. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

conveniencia de extender el ámbito de aplicación de la norma a los servicios prestados por vía electrónica excluidos inicialmente por el artículo 4, apartado 1.

El objetivo de la propuesta de geobloqueo era la adopción de normas obligatorias y directamente aplicables en los Estados miembros (de ahí la opción por un reglamento UE) que, a fin de evitar la discriminación directa e indirecta por parte de los comerciantes *online* "al segmentar artificialmente el mercado por razón de la residencia de los clientes", prohibiesen el bloqueo en Internet de accesos por parte de los consumidores a páginas web y otras interfaces en línea, así como el redireccionamiento de los clientes desde la versión del sitio web o interface accesible en un Estado miembro, a la de otro[189]. El considerando 2 del Reglamento explica los motivos por los que las empresas, fundamentalmente PYMES, aplican condiciones generales de acceso diferentes: "*los entornos jurídicos divergentes, la incertidumbre jurídica que ello implica, los riesgos asociados a la legislación aplicable en materia de protección de los consumidores, la legislación en materia de medio ambiente o etiquetado, las cuestiones tributarias y fiscales, los gastos de entrega o los requisitos lingüísticos*" llevan a muchas empresas a evitar los contratos con clientes establecidos en otros Estados miembros.

En definitiva, se trataba de trasladar el principio de país de origen en su día establecido por la DCE como elemento esencial para el desarrollo en la UE de la sociedad de la información y el comercio electrónico. El comerciante que, establecido en un Estado miembro, cumple las reglamentaciones impuestas por su normativa nacional, debe poder comerciar más allá de sus fronteras sin verse obligado a cumplir otros requisitos alternativos o adicionales que pueda imponer la legislación de otro Estado. Pero del mismo modo, los consumidores no deben ser discriminados en su acceso a los bienes y servicios ofrecidos en la red desde otros Estados miembros, como había exigido ya la normativa UE en otras áreas como la de

[189] En el apartado 3 de su propuesta, la Comisión refleja el resultado de la consulta pública realizada en 2015, en la que señala que la gran mayoría de los consumidores "ha sufrido el bloqueo geográfico u otras formas de restricción geográfica al comprar en otro país de la UE. Los bienes y servicios más afectados por el bloqueo geográfico son las prendas de vestir, el calzado y los accesorios, los soportes físicos (libros), el material informático y electrónico, los billetes de avión, el alquiler de coches, el contenido digital, como los servicios de emisión en continuo, los juegos de ordenador, los programas informáticos, los libros electrónicos y los MP3."

los medios de pago[190].

Ello sin perjuicio de que, en ciertos casos, el bloqueo, la limitación de acceso *online* o el redireccionamiento del cliente que trata de acceder al sitio web de un comerciante esté justificado para garantizar el cumplimiento de un requisito legal impuesto por el Derecho de la Unión o la legislación nacional de un Estado miembro (vid. considerando 21 y artículo 3, apartado 3, del Reglamento)[191], o que puedan ofrecerse condiciones generales de acceso –entre ellas el previo neto de venta- diferentes entre Estados miembros o incluso dentro de un mismo Estado por razones comerciales, pero sin que tales limitaciones puedan justificarse por razón de la nacionalidad del cliente o de su lugar de residencia o establecimiento. Esto último es el fundamento del Reglamento, como resulta de su artículo 3, apartado 1[192]. Tampoco se permite a los comerciantes -artículo 5-, aplicar condiciones de pago diferentes por los motivos indicados (nacionalidad, lugar de residencia o establecimiento), lo que es coherente desde el momento en que el mercado único se halla configurado como un espacio único de pagos.

Como es lógico, y resulta necesario para evitar dar ventaja a competidores extracomunitarios, las prohibiciones del Reglamento sobre las restricciones territoriales al acceso por Internet se imponen también a los empresarios de terceros estados que ofrezcan sus productos en el territorio de la Unión.

[190] Como recuerda la propuesta, el Reglamento (UE) n.º 260/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) n ° 924/2009 (DOUE L 94, de 30.3.2012, p. 22) ya venía prohibiendo que los comerciantes exigiesen a sus clientes que dispusiesen de cuentas bancarias en un determinado Estado miembro para realizar un pago. Asimismo, la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DOUE L 337, de 23.12.2015, p. 35) había facilitado el uso transfronterizo de las tarjetas de crédito, como medio de asegurar un mercado integrado de pagos minoristas en la Unión.

[191] De Miguel Asensio (2023:62) recuera que los instrumentos de geolocalización que restringen o excluyen el acceso de usuarios de determinados territorios a ciertos bienes o servicios tiene importancia para el control de los riesgos legales, y puede resultar necesario para evitar la realización de actividades ilícitas en ciertos estados o evitar quedar sometido a la competencia de sus tribunales.

[192] "Los comerciantes no podrán bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea, utilizando medidas tecnológicas o de otro tipo, por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o con el lugar de establecimiento del cliente·.

El geobloqueo ha sido analizado en la sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2023, asunto *Valve*[193], por la que se ha confirmado una decisión de la Comisión en su función de autoridad de competencia[194], había sancionado a la empresa norteamericana explotadora de la plataforma digital *Valve* y a otros cinco editores, por haber celebrado acuerdos contrarios a la competencia, que tenían por objeto restringir las ventas transfronterizas de determinados videojuegos para PC compatibles con la plataforma *Steam* mediante la creación de funcionalidades de control territorial en diferentes períodos entre los años 2010 y 2015, en especial en los países Bálticos y en algunos países de Europa central y de Europa del Este.

El Tribunal General considera acreditados los acuerdos para imponer el geobloqueo de los productos *online* ofrecidos por las empresas demandantes, y considera que el mismo no se justificaba por razones de protección del derecho de autor, sino que tenía por objeto evitar las importaciones paralelas, que hubiesen disminuido los royalties percibidos por los demandantes[195] (apartado 155 de la sentencia).

Asimismo, resulta interesante la afirmación contenida en la sentencia, al hilo de la relación entre la protección del derecho de autor y el Derecho de la competencia en la UE, al afirmar que el primero trata de asegurar a los titulares (en este caso eran los editores de los videojuegos) el derecho a la explotación comercial, puesta en circulación o puesta a disposición de las obras objeto de protección a cambio de una remuneración, pero no garantiza el que puedan reclamar la máxima remuneración posible ni legitima actuaciones que pueden generar diferencias de precio artificiales entre los mercados nacionales compartimentados. Ello es incompatible, considera el Tribunal, con el objetivo de un mercado interior[196].

Resulta de gran interés esta sentencia, no tanto por aplicar el Reglamento 2018/302 que se viene comentando (cosa que no hace, no solo porque el mismo no

[193] Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2013, *Valve Corporation/Comisión*, T-172/21, ECLI:EU:T:2023:587.
[194] Decisión C(2021) 75 final de la Comisión, de 20 de enero de 2021, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo del EEE (asunto AT.40413 – Focus Home, AT.40414 – Koch Media, AT.40420 – ZeniMax, AT.40422 – Bandai Namco et AT.40424 – Capcom).
[195] Sentencia del TG de 27 de septiembre de 2013, *Valve Corporation/Comisión*, T-172/21, ECLI:EU:T:2023:587, apdo. 155.
[196] Ibidem. Apdo. 204.

resultaba aplicable *ratione temporis* a los hechos analizados, sino también por cuanto el tipo de servicios electrónicos prestados por los demandantes cabría defender –como de hecho hicieron en sus alegaciones ante el Tribunal General- que quedaban fuera de su ámbito de aplicación), sino porque es un ejemplo excelente de la complementariedad de los distintos regímenes normativos de la UE con incidencia en el comercio electrónico, que se viene exponiendo.

En definitiva, con el Reglamento sobre geobloqueo, una de las primeras medidas de la Estrategia MUD, la Unión dio un paso importante para posibilitar el desarrollo del suministro de contenidos o servicios digitales, que tiene en una gran mayoría de ocasiones carácter transfronterizo, al aprovecharse precisamente de las posibilidades de transmisión que ofrece Internet y las nuevas redes de comunicación.

Debemos citar finalmente otro aspecto que también afecta a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, cual es la posibilidad de que, una vez contratados por el consumidor en su EM de residencia, pueda seguir disfrutando de dichos contenidos y servicios digitales cuando se encuentre temporalmente fuera de su lugar de residencia. Es decir, que se garantice la "portabilidad transfronteriza de contenidos digitales", en expresión de Cámara Lapuente (2018:396), cuya limitación encuentra poca justificación en un mercado único digital como el que se trata de posibilitar en la Unión Europea.

Esta continuidad en la prestación de los servicios en línea ha sido objeto de otra disposición específica, el Reglamento (UE) 2017/1128 sobre portabilidad transfronteriza de contenidos en línea en el mercado interior[197]. Atiende específicamente el caso de los consumidores que contratan la prestación de servicios de contenidos en línea, a fin de que no vean interrumpido dicho servicio cuando, como ocurre cada vez con mayor frecuencia, se encuentran temporalmente en un Estado miembro distinto a aquel de su residencia, y quieren seguir teniendo acceso y utilizar esos servicios. Este Reglamento impone a los prestadores de servicios en línea, que permitan a los consumidores seguir accediendo a tales

[197] Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (Texto pertinente a efectos del EEE). DOUE L 168, de 30 de junio de 2017.

servicios cuando temporalmente se encuentren en otro EM, y deben poder hacerlo en las mismas condiciones y con la misma calidad, sin sufrir costes adicionales.

II.- REGULACIÓN MÁS RECIENTE CON INCIDENCIA EN LA MATERIA

Tras una primera exposición de las áreas normativas que, con incidencia o conexión con el área de estudio de este trabajo, existían ya en el acervo de la Unión Europea, debe hacerse referencia también a desarrollos normativos más recientes que han venido a abordar aspectos capitales de la transformación digital.

Algunos autores ponen de manifiesto la falta de coherencia que presenta la actividad legislativa de la Unión Europea en este ámbito de Internet, que no presentaría una estructura global común que persiga de forma sistemática unos objetivos claros. Ello nos lleva a una consideración sobre la sistemática de la política legislativa seguida en la Unión: frente al carácter aparentemente ordenado y sistematizado que la adopción de "estrategias" (como la relativa al Mercado único digital para Europa), parece orientar la normativa de la Unión que regula estos ámbitos -y particularmente el del comercio electrónico-, se trasluciría sin embargo una la falta de coherencia de la actividad legislativa de la UE en el ámbito de lo digital, que carecería de una estructura global común con objetivos claros, y respondería más bien a lo que Barrio Andrés (2000:26) denomina, de forma muy evocadora, un "enfoque regulatorio de silos"[198].

Uno de estos silos sería la extensión de las llamadas plataformas digitales y la aparición de nuevos modelos económicos construidos a partir de la relación entre consumidores y empresas prestadoras de servicios a través de dichas plataformas. Como hemos expuesto en el capítulo anterior, no son pocas las dudas jurídicas que este nuevo modelo de relaciones contractuales presenta, fundamentalmente

[198] "Al contrario, se trata de un conjunto de instrumentos normativos escasamente concordados y sistematizados, promulgados sobre todo a instancias de la Comisión Europea. Además, los instrumentos de políticas públicas (como los planes de acción o los Libros Blancos y Vedes) tienen una influencia indirecta en ámbitos distintos del suyo propio." Barrio Andrés (2020:33).

centradas en el alcance de la responsabilidad de las plataformas como sistema de intercambio en el marco de una economía digitalizada. Para su denominación, frente a expresiones como "economía colaborativa", asumimos con Martínez Nadal (2021:26) la preferencia por el término "economía de plataformas"[199],

Arroyo Amayuelas (2021:25) atribuye el enorme poder económico adquirido por las plataformas en línea a dos factores: constituyen la vía de entrada en los mercados de la inmensa mayoría de las pequeñas empresas que participan en la economía digital, lo que se une al efecto multiplicador de Internet (a mayor número de proveedores que utilizan una plataforma, mayor número de clientes son atraídos a la misma, lo cual a su vez vuelve a atraer a más proveedores, que no tienen medios para competir con estos modelos). En segundo lugar, la ingente cantidad de datos que manejan dichas plataformas, provenientes del gran número de clientes a los que atraen, lo cual determina que, mediante su adecuado tratamiento, puedan ofrecer a estos ofertas progresivamente personalizadas, a la vez que ofrecer servicios aparentemente gratuitos, gracias a la financiación que obtienen de las empresas con las que comercializan tales datos y la información obtenida con ellos.

Lo anterior determina importantes alteraciones en el mercado de relevancia, por la concentración de demanda y oferta en un reducido número de plataformas, con los consiguientes desequilibrios que resultan del enorme poder adquirido por las mismas, y la consiguiente capacidad para imponer unilateralmente condiciones de contratación, y el riesgo aparejado de poner en práctica prácticas abusivas en relación con los proveedores cuyos productos intermedian con los clientes. En este panorama, el legislador de la Unión ha advertido la necesidad de imponer una regulación específicamente dirigida a este fenómeno de las plataformas digitales, no solo para preservar la legalidad de las prácticas comerciales, sino también y de manera particular para asegurar la protección de los consumidores en el comercio digital.

La Comisión Europea, consciente de que la regulación de la "economía de plataformas" inicialmente abordada en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico ha devenido claramente insuficiente, ha planteado su reforma sobre dos

[199] Martínez Nadal (2021:26).

propuestas normativas que vieron la luz en el año 2022, y que están llamadas a constituir hitos fundamentales de la ordenación normativa del ámbito que nos ocupa. Son el Reglamento de Mercados Digitales y el Reglamento de Servicios Digitales.

La ordenación del fenómeno de las plataformas digitales, previniendo los efectos indeseables que, como se ha descrito, puede aparejar el modelo económico que conforman en la economía digital, se vuelve esencial para hacer viable el objetivo de un mercado único digital marcado por la UE. Preservar una ordenación mínimamente garantista del comercio electrónico, protegiendo a los consumidores y asegurando unas condiciones de competencia para los pequeños y medianos empresarios, resulta esencial para permitir el desarrollo de modelos contractuales como los que son objeto de este estudio. De ello se sigue la necesidad de tener al menos una idea de qué normativa se ha adoptado al respecto por el legislador de la UE, fundamentalmente para la protección de unos consumidores que cada día conviven y aceptan, muchas veces sin cuestionarse suficientemente, un modelo comercial que, por su inmediatez e inabarcable variedad a la hora de satisfacer sus necesidades de consumo, compensa los posibles riesgos y desequilibrios que comporta.

1.- El Reglamento de Servicios Digitales

El Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE[200] (conocido como Reglamento de Servicios Digitales, y mencionado en adelante como RSD). Este Reglamento, en vigor parcialmente desde el mes de agosto de 2023, comenzó a aplicarse a todas las plataformas digitales desde el 17 de febrero de 2024. La norma atiende a los intermediarios en línea, estén o no establecidos en la UE, regulando la prestación de

[200] DOUE L 227, de 27 de octubre de 2022

servicios digitales en el mercado único, imponiéndoles una serie de obligaciones dirigidas a garantizar los derechos de los usuarios y el respeto a las normas del Derecho de la competencia de la Unión. Esta norma, define "servicio de la sociedad de la información" por remisión a la Directiva (UE) 2015/1535 (artículo 3, letra a)), consolidando con ello aún más el término como un concepto como autónomo del Derecho de la Unión.

Martínez Mata (2021:131) ha calificado la propuesta de RSD como una de las más ambicionas de los últimos tiempos en Europa, constitutiva de uno de los mayores retos asumidos por la Comisión Europea al presentar dicha propuesta normativa, que despertó importantes expectativas para todos los interesados, entre los que deben contarse consumidores, intermediarios, proveedores de servicio e incluso autoridades reguladoras de los EEMM.

Son muy diversos los tipos de servicios incluidos en el ámbito de aplicación de este RSD que, a modo ejemplificativo, incluyen proveedores de acceso a Internet, servicios de alojamiento en la nube o en web, registradores de nombres de dominio, mercados en línea de diverso tipo y suministradores de aplicaciones (apps), plataformas de economía colaborativa, redes sociales, plataformas de intercambio de contenidos, o plataformas en línea de viajes y hospedaje[201]. Para constatar esta amplísima extensión de posibles servicios incluidos, resulta conveniente atender al concepto de "servicio intermediario" contenido en su artículo 3, letra g).

Vemos como esta regulación se aplica tanto a prestadores que celebren contratos electrónicos de suministro directos o indirectos (los que, como ya se indicó, incluyen bienes o servicios que no se pueden prestar digitalmente). Conforme a su considerando 6, el RSD limita su aplicación, en el caso de los contratos indirectos, a los servicios intermediarios que se presten de modo digital, pero no a los requisitos o normas aplicables a los productos intermediados (aun cuando el intermediario constituya una parte importante de otro servicio que no sea intermediario).

[201] https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/digital-services-act.html. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

También resulta interesante destacar del RSD su definición de "motor de búsqueda en línea" como "servicio intermediario que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web, o de sitios web en un idioma concreto, mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta de voz, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido que es objeto de la consulta" (artículo 3, letra j). Esta definición tiene interés para nuestra investigación, pues describe con precisión jurídica una modalidad abrumadoramente extendida en la contratación de servicios digitales.

Deroga el RSD la regulación contenida en la DCE sobre el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicio en línea, dado que el Reglamento asume y actualiza dicha regulación en la UE[202]. Este régimen exime de responsabilidad a los intermediarios por los contenidos ilícitos que hayan incluido en sus plataformas los usuarios (destinatarios del servicio), asumiendo para ello los criterios que ya venía aplicando la DCE. Tales exenciones no excluyen sin embargo la posibilidad de que un órgano nacional competente pueda requerir a dichos intermediarios para que impidan o pongan fin a una infracción constatada de la que se estén beneficiando (De Miguel Asensio. 2023:70).

En relación con nuestro objeto de estudio resulta particularmente relevante el apartado tercero del 6 RSD. El mismo excluye la aplicación del régimen de exención de responsabilidad que se acaba de describir, y que se establece en el apartado primero del mismo artículo. De este modo, e invocando como fundamento la normativa sobre protección de consumidores, se reestablece la responsabilidad de las plataformas que permitan a los consumidores la celebración de contratos a distancia con comerciantes cuando, por la información ofrecida por la plataforma o de otro modo, se induzca al consumidor a creer que la información, o el producto o

[202] Al respecto, explica De Miguel Asensio (2023:69) que el Reglamento de Servicios Digitales reproduce en sus artículos 4 a 6 y 8 los anteriores arts. 12 a 15 de la DCE, con el carácter directamente aplicable propio de normas incluidas en un Reglamento de la UE. Recuerda el mismo autor que estas normas tienen carácter horizontal y son aplicables con independencia de la materia y del tipo de responsabilidad, con la excepción puntual que supone el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/79, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE L 130, 17.5.2019.

servicio objeto de la transacción se proporciona por la propia plataforma o por otro que actúe bajo su autoridad o control.

La idea de fondo que subyace a esta exclusión del régimen de exención de responsabilidad, considera Rodríguez de las Heras Ballell (2024:71), es que la plataforma, por su forma de operar, crea la apariencia de no ser un mero intermediario sino que, de algún modo, interviene en la operación comercial, creando en el consumidor un convencimiento de que controla, o incluso presta el servicio u ofrece el producto que está adquiriendo[203].

Cierto sector de la doctrina reprochó al legislador de la UE que esta limitación de la exención de la responsabilidad contenida en este artículo 6, apartado 3, RSD, limitase su eficacia al ámbito de la protección de los consumidores, y no se extendiese a otras materias, si bien esto se está corrigiendo en algún caso por la jurisprudencia del TJUE, que en recientes sentencias ha venido a permitir que se impute responsabilidad al prestador de servicios de alojamiento en relación con otras áreas normativas como el Derecho de marcas, en cuanto dicho prestador también hace un uso de la misma (De Miguel Asensio. 2023c:7), en referencia a la sentencia TJUE dictada en los asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21, asunto *Louboutin*[204]).

Entre las principales obligaciones que el RSD impone a las plataformas, se encuentra la de suministrar información de sus usuarios individuales cuando les sea solicitada por una autoridad pública, judicial o administrativa, de conformidad con el Derecho de la Unión (artículo 10), determinando el contenido mínimo y formato que deberá contener la respuesta a tal solicitud. Otras obligaciones –que no afectan a las empresas de menor tamaño o "microempresas"-, son la de establecer un sistema interno de gestión de las reclamaciones que pueda presentarles personas físicas o entidades respecto de las decisiones adoptadas por la plataforma –por ejemplo, restringiendo de algún modo los derechos del usuario- (artículo 20). También se les obliga a aceptar la intervención de cualquier órgano de resolución

[203] El considerando 24 RSD pone algunos ejemplos de qué conductas de la plataforma pueden generar este convencimiento (el no mostrar con claridad la identidad del verdadero comerciante, o no revelar su identidad hasta después de perfeccionado el contrato, o el ofrecer el producto en su propio nombre).
[204] Sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2022, *Louboutin¸* C-148/21 y C-184/21, ECLI:EU:C:2022:1016.

extrajudicial de litigios certificado que elija el particular o entidad que disienta de la decisión adoptada (artículo 21).

Se imponen también significativas obligaciones de transparencia (artículo 15) debiendo anualmente informar de "cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante el período", regulándose detalladamente el contenido mínimo de dicha información. Vienen asimismo obligadas las plataformas afectadas (artículo 24) del número de litigios sometidos en el periodo informado a solución mediante órganos extrajudiciales, o de las medias de suspensión adoptadas contra usuarios que reincidan en incluir contenidos "manifiestamente ilícitos" (suspensión prevista en el artículo 23).

Obligaciones específicamente dirigidas a proteger a usuarios y consumidores se imponen en relación con los contenidos publicitarios (artículo 26 RSD) o sistemas de recomendación (artículo 27 RSD) que incluyan las plataformas, así como de manera específica para usuarios menores de edad (artículo 28 RSD), respecto de los que se deberá asegurar en particular un alto nivel "privacidad, seguridad y protección".

Otra innovación introducida por el RSD que presenta interés para nuestra investigación son las obligaciones destinadas a facilitar la contratación electrónica a través de las plataformas, exigiendo a estas evaluar la fiabilidad de la información ofrecida en ellas por los comerciantes (considerando 73 RSD), o imponiendo a aquellas que intermedien en la celebración de contratos entre sus usuarios y comerciantes terceros el "diseñar y organizar su interfaz en línea" de manera que permita a dichos comerciantes cumplir adecuadamente las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión los comerciantes cumplir con sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión –considerando 74 RSD-. Forman parte de las disposiciones de la RSD que podríamos considerar dirigidas a la protección de consumidores, y que se recogen –además de en el ya citado artículo 6, apartado tercero, en los artículos 29 a 32, ordenados bajo la rúbrica ‘‘Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes".

Se impone en este apartado del RSD una serie de obligaciones a las plataformas intermediadoras en el comercio digital transfronterizo, que como se ha expuesto ya constituyen hoy una vía de enorme importancia para el desarrollado y crecimiento de la contratación digital en los últimos años. De la aplicación de estas normas quedan excluidas las plataformas que intermedien en la contratación con pequeñas o medianas empresas[205].

Entre las obligaciones impuestas al resto de plataformas en relación con los contratos en los que intermedien se encuentra la de proporcionar a los consumidores determinada información mínima de las empresas con las que contactan y contratan vía la plataforma (artículo 30 RSD). Esta información incluye, además del nombre y datos de contacto del empresario, su número de identificación o identificación electrónica, los datos de su cuenta de pago, su identificación en el registro mercantil –de existir-, y una certificación por la que la empresa se compromete a ofrecer productos o servicios exclusivamente cuando cumplan la normativa UE. De este modo se asegura la posibilidad de que el consumidor pueda, llegado el caso, articular una reclamación contra aquella empresa establecida en otro estado con la que haya contratado gracias a la intermediación de la plataforma.

Del mismo modo, y con la misma finalidad –además de la genéricamente informativa-, se impone en el artículo 31 RSD a las plataformas que dispongan o diseñen su interfaz de forma que se permita al comerciante cumplir las obligaciones que les incumban sobre información precontractual, conformidad e información de seguridad del producto conforme al Derecho UE.

Por último, el artículo 32 exige a las plataformas una actuación proactiva respecto de los consumidores en caso de haberse ofrecido un producto o servicio

[205] Conforme a la definición de las mismas establecida en la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DOUE L 124 de 20.5.2003), cuyo artículo establece su categorización en función del número de trabajadores y volumen de negocio, y conforme a la que se consideran microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) aquellas con menos de 250 trabajadores y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. Se considera PYME a la empresa con menos de 50 personas y un volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros; se considera microempresa a la que ocupa a menos de 10 trabajadores y su volumen de negocios o balance general anual no supera los 2 millones de euros.

ilícito a través de ello, En tal caso, y en la medida en que tenga los datos de contacto de los consumidores que puedan estar afectados, el informarles de la ilicitud del producto o servicio, de la identidad del comerciante, y de las vías de recurso que puedan proceder. Puede considerarse esta disposición como parte del sistema de control de contenidos ilícitos que establece el RSD, sobre el que se han destacado las ventajas del enfoque adoptado, que pone el peso del control en las propias plataformas[206] y desde luego, les impone obligaciones de actuación en estos casos que, claramente orientadas a la protección de los consumidores, constituyen una razonable contrapartida a los enormes beneficios que a las empresas gestoras de estas plataformas digitales depara su posición de intermediaria en la actividad del comercio digital, que tanto recorrido de crecimiento tiene aún por completar.

2.- El Reglamento de Mercados Digitales

La otra norma fundamental en el ámbito que nos ocupa y que vio la luz en 2022 ha sido el Reglamento (UE) 2022/1925 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital[207] (Reglamento de Mercados Digitales, en adelante RMD). Este RMD se ha completado con alguna norma de desarrollo que resulta precisa par su plena aplicación, como el Reglamento de ejecución (UE) 2023/814[208], por el que se aprueba el procedimiento a través del cual deben tramitarse la presentación de información, solicitudes, peticiones e informes por parte de las

[206] "Bruxelles a évité le piège de s'ériger en gendarme ubiquiste s'attaquant frontalement à toutes les formes de désinformation, de harcèlement ou de manipulation de l'opinion, un défi bien trop protéiforme pour pouvoir lutter de façon efficace. Il incombera aux acteurs de l'Internet eux-mêmes de faire respecter les règles édictées par Bruxelles et de prévenir les éventuels débordements, sous peine de lourdes sanctions financières, voire d'exclusion du marché européen. L'UE révèle ici toute son utilité : elle dispose d'un poids économique et juridique indispensable pour limiter le pouvoir des plates-formes, ce qu'aucun régulateur national n'est en mesure de faire". Le Monde, editorial. (28 de agosto de 2023). De l'utilité de l'Europe pour réguler le numérique?. *Le Monde. Débats. Union Europeénne.* https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/08/28/de-l-utilite-de-l-europe-pour-reguler-le-numerique_6186819_3232.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[207] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 DOUE L 265 de 12.10.2022.

[208] Reglamento de Ejecución (UE) 2023/814 de la Comisión de 14 de abril de 2023 relativo a las disposiciones detalladas para la tramitación de determinados procedimientos por parte de la Comisión con arreglo al Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE L 102 de 17.4.2023.

plataformas englobadas en el RMD, o ejercitar el derecho a ser oídas de cara a la adopción por la Comisión de las decisiones del artículo 3 RMD a que nos referiremos seguidamente.

La justificación de esta norma ha estado determinada por el fenómeno de concentración experimentado en los mercados digitales, en el que un número reducido de plataformas han adquirido un enorme poder en el mercado, dominándolo. Este proceso, acentuado de manera significativa en los últimos diez años, ha conducido a lo que Estevan de Quesada (2023:640) denomina una "suerte de oligopolio o cuasi-monopolio", conforme al cual los mercados digitales están en manos de un grupo de gigantes tecnológicos. La misma autora señala que, más allá de las causas determinantes del fenómeno (entre las que cita el efecto de red o el desarrollo del *big data*), lo cierto es que el mismo ha creado problemas y riegos significativos para un funcionamiento competitivo del mercado digital[209].

Ello determinó en un primer momento la adopción por las autoridades nacionales de competencia, y por la propia Comisión Europea desde el Derecho UE de la competencia, de medidas contra las grandes plataformas por abuso de su posición en el mercado, si bien Estevan de Quesada (2023:641) señala también que, tales autoridades incurrieron en una clara infrautilización de las normas sobre concentraciones –principal vía preventiva- frente a la evolución empresarial que se estaba produciendo en el mercado digital, lo que ha acabado obligando a los legisladores a adoptar medidas normativas para actualizar la normativa de competencia al entorno digital, abordando este fenómeno que afecta a las plataformas digitales. En este contexto debe entenderse la adopción del RMD. El mismo responde a una nueva tendencia regulatoria, que trata de conseguir la prevención *ex ante* de las insuficiencias que ha demostrado el Derecho de la competencia para abordar estas situaciones de concentración en el mercado digital; se trataría con ello de imponer una serie de obligaciones a las plataformas digitales identificadas por la propia norma.

[209] Explica Estevan de Quesada (2023:642) que el poder que han llegado a reunir las grandes plataformas que dominan el mercado digital les permite excluir a nuevos operadores que intentan entrar en el mercado, pero también conseguir beneficios de naturaleza monopolística a costa de operadores dependientes, así como explotar en su propio beneficio los datos personales de los usuarios.

Ha sido señalada la poco distinguible filiación del RMD, como norma que se divide entre sus orígenes en el Derecho de la competencia y sus aspiraciones regulatorias, sin entrar plenamente en ninguna de ambas categorías de normas jurídicas. Se ha cuestionado su capacidad para producir los efectos deseados sobre la competencia en el mercado digital, al caracterizarse como una norma "epistemológicamente aislada" y con un sesgo notable contra las concentraciones empresariales (Moreno Belloso y Petit. 2023:2).

Tras un proceso legislativo no excesivamente largo para los tiempos del legislador UE[210], el RMD entró en vigor en noviembre de 2022, si bien no fue de plena aplicación hasta mayo de 2023. Entre otras normas, vino a modificar la Directiva (UE) 2020/1828[211] sobre representación de consumidores, si bien su objetivo principal ha sido el de atender al ya referido problema que afecta al mercado digital: el excesivo poder adquirido en el comercio y los servicios electrónicos, por algunas plataformas digitales de intermediación. Ello no solo altera la aplicación de las normas del Derecho de la competencia en la Unión, como examinaremos seguidamente, sino también a la protección de consumidores y, en este caso también, a empresarios que quieren llegar a esos consumidores para comercializar sus bienes o servicios a través de una de estas plataformas intermediadoras. El procedimiento de negociación del paquete digital adoptado en 2022, pero particularmente el del RMD hubo de romper las resistencias de la industria afectada, ante un modelo regulatorio de una intensidad desconocida hasta ahora en ninguna parte del mundo[212].

Para atenuar dichos riesgos, al menos en lo que se refiere al territorio de la Unión Europea, el RMD ha establecido determinadas obligaciones y limitaciones a la actuación de las grandes plataformas en línea o "proveedores de servicios

[210] Para una exposición del proceso legislativo del RMD, véase Moreno Belloso y Petit (2023:2).
[211] Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. DOUE L 409, 4.12.2020.
[212] "The path of the Digital Markets Act faced hurdles. Policymakers dealt with what watchdogs said was one of the fiercest lobbying efforts ever seen in Brussels as industry groups tried to water down the new law. They also brushed aside concerns raised by the Biden administration that the rules unfairly targeted American companies." Stariano, A (24 de marzo de 2022*). E.U.* Takes Aim at Big Tech's Power With Landmark Digital Act. *The New York Times.* Versión electrónica. https://www.nytimes.com/2022/03/24/technology/eu-regulation-apple-meta-google.html .Verificado el 30 de septiembre de 2024.

intermediarios", que incluyen supuestos diversos: proveedores de acceso a Internet, servicios de alojamiento en la nube, *marketplaces* o mercados en línea, repositorios de aplicaciones, intermediarios de economía colaborativa, redes sociales o plataformas de intercambio de contenidos, entre otros[213]. Vemos, por tanto, que afecta a buena parte de los principales intermediadores en el suministro de contenidos y servicios digitales.

Entre lo más significativo de esta regulación se encuentra la designación de umbrales de usuarios en la Unión Europea (10% de los 450 millones de usuarios de la UE), cuya superación tanto por plataformas digitales como por motores de búsqueda en Internet determina que queden sometidos a reglas especiales, recibiendo la denominación de "guardián de acceso" (*gatekeeper*) a Internet. Se considera que, en tales casos, las plataformas tienen una posición de especial dominio, que puede afectar significativamente al mercado interior. Pero también, al ser utilizada por un número extraordinariamente alto de internautas (consumidores o no, adquirentes de contenidos o de servicios o no) para conectarse a un número también muy considerable de empresas que ofrecen sus bienes y servicios a través de tales plataformas, tiene una capacidad de regulación del mercado del comercio electrónico que exige la adopción, respecto a dichas plataformas, de salvaguardas especiales[214].

Se trata de garantizar que las empresas que dependen de tales plataformas para ofrecer sus productos no sean tratadas de manera injustificadamente desigual, bien porque la plataforma en cuestión prime la comercialización de productos propios, bien porque prime a empresas terceras en el posicionamiento o condiciones de sus productos ofrecidos en la plataforma, a cambio de prestaciones económicas. Se busca garantizar a las empresas que dependen de los guardianes de acceso para ofrecer sus servicios en el mercado único digital, "un entorno

[213] https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/digital-services-act.html. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[214] Señala De Miguel Asensio (2023:217) que el "RMD ha sido elaborado a partir de la constatación de que el nivel de concentración y poder económico de ciertos prestadores de servicios de plataforma, cuyos servicios resultan de gran importancia para la conexión de sus usuarios profesionales con los usuarios finales, va unido a una elevada dependencia respecto de esas plataformas por parte de muchos de sus usuarios profesionales a la hora de comercializar sus productos en línea".

empresarial más justo"[215]. El RMD ha supuesto así un paso más contundente hacia el objetivo que el dado con el Reglamento 2019/1150, más centrado en los aspectos atinentes al Derecho de competencia. Frente a ello el enfoque del RMD es omnicomprensivo, y de mayor intensidad.

Entre los términos incorporados en el RMD destacan algunos no definidos con anterioridad en el acervo de la UE:

-servicios centrales de plataformas: son aquellos servicios que forman parte integran del funcionamiento de una empresa digital. Incluyen motores de búsqueda online, sistemas operativos, navegadores web, asistentes de voz, redes sociales, plataformas para compartir contenidos, servicios de publicidad en línea –incluida la intermediación publicitaria- por parte de una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma anteriores (artículo 2 RMD).

-guardianes de acceso (artículo 3 RMD): empresas que, por el número de usuarios y empresas que operan con ellos, tienen un impacto significativo en el mercado de referencia actuando como intermediarios entre empresas y consumidores. Sus dimensiones les permiten obtener y tratar ingentes cantidades de datos de sus usuarios (lo que les da una enorme capacidad de segmentar sus ofertas comerciales para los consumidores)

-usuario profesional, definido como entidades de terceros que dependen de plataformas de guardianes de acceso para llegar a los usuarios finales y proporcionar productos y servicios

-interoperabilidad, definida como la capacidad de intercambiar información y utilizar mutuamente la información que se ha intercambiado mediante interfaces u otras soluciones, de manera que todos los elementos de hardware o software funcionen on hardware y software distintos y con los usuarios (asegurando así la compatibilidad de los distintos sistemas operativos y servicios –por ejemplo de mensajería instantánea- ofrecidos por

[215] https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/digital-services-act.html. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

las distintas plataformas

-elaboración de perfiles (cuestión tan relevante en la actividad de estas plataformas), que se define siguiendo el RGPD como "toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencia personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona físicas". Se trata de un proceso polifacético de análisis automatizado de datos, utilizando sistemáticamente datos personales, para obtener información sobre diversos aspectos de la vida de los consumidores, facilitado por el hecho cada vez más cotidiano y extendido de que muchos de los servicios ofrecidos por las plataformas se encuentran actividades de manera permanente, por ejemplo en los teléfonos inteligentes de los usuarios, permitiendo así a las plataformas que gestionan dichos servicios tener un seguimiento constante y en tiempo real de la situación y actividades de la persona, salvo que esta haya denegado los permisos correspondientes a las aplicaciones o servicios descargados en sus dispositivos).

El 6 de septiembre de 2023 la Comisión Europea[216] hizo pública la condición de seis guardianes de acceso con respecto a los concretos servicios básicos de plataforma que se señalaban. Identificó como tales *gatekeepers* a las siguientes

[216] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4328 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

empresas: Alphabet[217], Amazon[218], Apple[219], Bytedance[220], Meta[221], Samsung[222] y Microsoft[223]. Para esta clasificación es preciso que la empresa en cuestión alcance el umbral de volumen de negocio anual en el Espacio Económico Europeo, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres EEMM de la UE; en segundo lugar, cuando la empresa preste un servicio básico de plataforma a más de 45 de millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión y a más de diez mil usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión y, finalmente, que haya cumplido el segundo criterio durante los tres años anteriores. El RMD contiene, principalmente en su anexo, clarificaciones y elementos para valorar y aplicar cada uno de estos umbrales, que pueden ser discutidos por las plataformas afectadas en el seno del procedimiento abierto. En todo caso, una vez dictadas las decisiones que las declaran como *gatekeepers*, las plataformas tuvieron un plazo de seis meses, para cumplir con las obligaciones que resultan de la RMD.

Dentro de cada uno de estos guardianes de acceso se identifican los servicios ofrecidos por las mismas, que prácticamente incluyen todas las plataformas de uso

[217] Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asuntos DMA.100018 – AMAZON – SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA – MARKETPLACES; (ASUNTOS DMA.100016 – AMAZON – SERVICIOS DE PUBLICIDAD EN LÍNEA) [notificada con el número C(2023) 6104]. DOUE C, C/2023/905, 15.11.2023.,

[218] Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asuntos DMA.100018 – AMAZON – SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA – MARKETPLACES; (ASUNTOS DMA.100016 – AMAZON – SERVICIOS DE PUBLICIDAD EN LÍNEA) [notificada con el número C(2023) 6104].DOUE C, C/2023/905, 15.11.2023.

[219] Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asuntos DMA.100018 – AMAZON – SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA – MARKETPLACES; (ASUNTOS DMA.100016 – AMAZON – SERVICIOS DE PUBLICIDAD EN LÍNEA) [notificada con el número C(2023) 6104]. DOUE C, C/2023/905, 15.11.2023.

[220] Decisión de la Comisión de 05.09.2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asunto DMA.100040 — BYTEDANCE — ONLINE SOCIAL NETWORKING SERVICES) [notificada con el número C (2023) 6102 final]. DOUE C, C/2023/552, 27.10.2023,

[221] Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asuntos DMA.100020 – Meta – Online social networking services; DMA.100024 – Meta – Number-independent interpersonal communications services; DMA.100035 – META – Online advertising services; DMA.100044 – Meta – Online intermediation services – Marketplace). DOUE C, C/2023/1092, 23.11.2023.

[222] Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asunto DMA.100038 — SAMSUNG — WEB BROWSERS) [notificada con el número C(2023) 6103 final]. DOUE C, C/2023/550, 27.10.2023.

[223] Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2023 relativa a una decisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/1925 (Asuntos DMA. 100017 – Microsoft – Online Social Networking Services; DMA.100023 – Microsoft – Number-independent Interpersonal Communications Services; DMA.100026 – Microsoft – Operating System) [notificada con el número C(2023) 6106 final]. DOUE C, C/2023/551, 27.10.2023

general y cotidiano para una gran mayoría de ciudadanos, en cada una de las áreas de actividad en la red: *TikTok, Facebook, Instragram* y *Linkedin* en redes sociales, *Whassapp* y *Messenger* en mensajería instantánea, *Youtube, Google Search* en buscadores, *Chrome* y *Safari* en navegadores, *Google Android, iOS y Windows PC OS* en servicios operativos, *Google Maps, Google Play, Google Shopping, Amazon Marketplace, App Store y Meta Marketplace* en lo relativo a intermediación en comercio electrónico, etc.[224]. Surge, al leer el listado la constatación de que ninguna de estas empresas tiene su sede central establecida ni los servicios por ellas ofrecidos han sido desarrollados en la Unión Europea.

El procedimiento para adoptar las decisiones que califican a una gran plataforma digital como guardián de acceso tiene, conforme al Reglamento de ejecución (UE) 2023/814, carácter contradictorio, que reconoce a las plataformas afectadas el derecho a presentar alegaciones en contra de la evaluación preliminar que hace la Comisión sobre el cumplimiento de los umbrales y condiciones antes citados, pudiendo presentar datos, pruebas e informes destinados a desvirtuar dicha apreciación (véase el Capítulo IV del citado Reglamento de ejecución, artículos 6 y siguientes), así como para proteger el secreto comercial de las informaciones que vienen obligadas a proporcionar a la Comisión. Resulta cuanto menos reseñable que la Comisión Europea, que carece de una norma general de procedimiento administrativo que regule su actuación respecto de particulares y empresas salvo algunas normas sectoriales (como en el marco del Derecho de la competencia), haya dictado una norma tan detallada como este Reglamento de ejecución, dirigido sin duda asegurar la inatacabilidad de sus decisiones, al ofrecer una mayor seguridad jurídica a los afectados por estos procedimientos.

Debe mencionarse que el DOUE de 3 de enero de 2024[225] publicó el primer recurso directo interpuesto ante el Tribunal General de la Unión Europea en relación con el Reglamento de Mercados digitales, concretamente impugnando la Decisión de la Comisión Europea C(2023) 6102 final de 5 de septiembre de 2023 que designa a Bytedance como guardián de acceso con arreglo al artículo 3 del Reglamento (UE)

[225] DOUE C, de 3.1.2024. Recurso T-1077/23 interpuesto el 16 de noviembre de 2023, asunto Bytedance/Comisión.

2022/1925 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, en el asunto DMA.100040 *Bytedance Online Social Networking Service*. Se trata del asunto T-1077/23, en el que el Tribunal de la Unión Europea ha abordado por primera vez la aplicación del citado Reglamento de ejecución (UE) 2023/814, y en particular la valoración efectuada por la Comisión de las pruebas presentadas por la recurrente, desestimando la refutación de Bitedance de la aplicación hecha por aquella de los criterios del artículo 3, apartado 1, del RMD. En el asunto se emitió sentencia por el Tribunal General el 17 de julio de 2024[226], desestimando íntegramente el recurso de del gigante chino Bytedance al declarar que el procedimiento administrativo previo y la valoración de la Comisión en aplicación del RMD había sido correctos, y no se había producido un trato desigual por parte de la Comisión en la designación de la plataforma TikTok como guardián de acceso.

Identificadas las empresas que cumplen los parámetros para ser consideradas guardianes de acceso en la correspondiente decisión, en un plazo de seis meses vienen obligadas a cumplir obligaciones específicas (artículos 5 a 7 RMD), como la de permitir a terceros operar en los servicios de la plataforma en situaciones específicas, permitir a las empresas que utilicen sus servicios acceder a los datos que genere en su función de guardián de acceso, facilitar a las empresas publicidad en la plataforma, con las herramientas e información necesaria para que pueda ser objeto de verificación independiente o permitir a las empresas usuarias ofrecer sus productos y celebrar contratos con sus clientes fuera de la plataforma del guardián de acceso.

Son, en buena medida, obligaciones de transparencia que permitirán a la Comisión tener información fiable sobre la situación en los mercados de referencia, a efectos de la adopción, revisión o revocación de las decisiones previstas en el RMD respecto de las grandes plataformas digitales.

Señala De Miguel Asensio (2023:219) como la opción por designar un número relativamente reducido de guardianes de acceso se vincula a un régimen de supervisión concentrado exclusivamente en la Comisión Europea, única autoridad

[226] Sentencia del Tribunal General el 17 de julio de 2024, *Bitedance Ltd./Comisión Europea,* T-1077/23, ECLI:EU:T:2024:478

facultada para hacer cumplir el RMD, que puede no obstante cooperar con las autoridades nacionales de competencia en el ejercicio de estas funciones. Pero la apertura de uno de los procedimientos previsto en el RMD queda reservado en exclusiva a la Comisión, que ve reforzada su posición como "guardiana de los guardianes", si se nos permite la expresión, en un modelo que supera el tradicionalmente establecido en el Derecho de la competencia de la Unión, donde las competencias de supervisión para vigilar la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE se comparten, en función de la dimensión de la infracción, entre la autoridades nacionales y la Comisión Europea

También se imponen un elenco de obligaciones destinadas a una mejor protección del derecho a la protección de datos personales de los usuarios de las plataformas, que se imbrican y superponen con el régimen general que sigue establecido en el RGPD. Así, conforme al artículo 5 RMD, las plataformas designadas como guardianes de acceso deben abstenerse de utilizar o tratar datos personales de los usuarios finales de terceros que utilicen los servicios básicos de la plataforma con fines de ofrecer servicios de publicidad *online*, combinar datos personales obtenidos de los servicios básicos prestados por la plataforma con datos obtenidos de cualquier otro servicio que ofrezca la plataforma; cruzar datos personales procedentes del servicio básico de la plataforma con otros servicios prestados por la misma que tengan un acceso separado o; iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios de la plataforma designada guardián de acceso, a fin de combinar datos personales.

Estas obligaciones ponen de manifiesto una preocupación por atajar la distorsión que en el mercado que el desarrollo de la sofisticada economía de los datos genera la actuación de las grandes plataformas genera, cuya ventaja es disponer de millones de datos de usuarios, como ya se ha mencionado. La sofisticación en el tratamiento de los millones de datos de consumidores ha generado nuevas disciplinas económicas y empresariales[227], y quizá la reacción

[227] Nos referimos a las disciplinas denominadas "data analytics", disciplina donde se tratan y utilizan datos en bruto para los gestores del negocio y los productores ("a data analyst will work closely with bussiness teams, […] A data analyst will tipically take a question from the gusiness side of a problem presented by someone else and gather the data to asses the situation"). Frente a ello, el "data science" se centra en las perspectivas del negocio, pero requiere modelos más sofisticados y combinar datos de fuentes diversas,

normativa de la UE haya llegado en un punto donde la distancia de las grandes plataformas con otros operadores sea ya irreversiblemente amplia. Señala algún autor que el objetivo tanto del RSD como del RMD es reafirmar la preeminencia de los gobiernos (o más en concreto en este caso, de los gobiernos de loe EEMM de la UE) sobre las poderosas entidades privadas que se agrupan en los conocidos términos GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple, and Microsoft), y al más reciente BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi)[228].

Las sanciones por incumplir estas obligaciones impuestas por el RMD son muy considerables (multas de hasta el 10% del volumen de negocios total a nivel mundial de la empresa, que será del 20% en casos de infracciones reiteradas, o multas coercitivas periódicas de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario, pudiéndoseles imponer además medidas correctoras adicionales proporcionales a la infracción cometida), si bien la magnitud de cifras de negocio en que se mueven estas plataformas las justifican, si se pretende que las mismas tengan algún efecto disuasorio.

En fin, la magnitud de los cambios en el mercado que ha producido la revolución digital se advierten también al considerar como el RMD, en lo que a la vertiente contractual se refiere, impone a los guardianes de acceso obligaciones respecto de los usuarios profesionales que utilicen sus servicios de intermediación, articulando mecanismo de protección que, hasta ahora, la Unión Europea nunca había adoptado respecto de usuarios profesionales. Así, se establecen normas que aseguren el acceso equitativo, razonable y no discriminatorio a datos sobre clasificaciones, consultas y clics recibidos (artículo 6, apartado 11), a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda *online* y servicios de redes sociales (artículo 6, apartado 12). Afirma De Miguel Asensio al respecto (2023:225) que

para dar respuestas estratégicas más a medio y largo plazo ("like data analyst, data scientists are responsible for anticipating needs from the business side of the organisaton an finding the data to help them, but when compared to data analysts, data scientifists are responsable for anticipating needs from the business side of the Organisation and finding the data to help them, but when compare to data analysis, their role is less business-oriented"). Univesity of Virginia (23 de septiembre de 2021). *What Is The Difference Between Data Science and Data Analytics?* https://datascience.virginia.edu/news/what-difference-between-data-science-and-data-analytics. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[228] DIGITAL SOVEREIGNTY: GAFAM, BATX, AND … THE EUROPEAN UNION? (20 de marzo de 2021) https://prisma-network.eu/our-work/DIGITAL-SOVEREIGNTY-GAFAM-BATX-EUROPEAN-UNION . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

dicho planteamiento "trata de hacer frente al importante desequilibrio en el poder de negociación que existen en estas situaciones, aunque los implicados sean usuarios profesionales, por ejemplo, en el caso de su acceso a las tiendas de aplicaciones como vía para que puedan llegar a sus usuarios finales".

La referencia al RMD no puede concluir sin hacer referencia a su artículo 5, relativo a las obligaciones que se imponen a los guardianes de acceso, entre las cuales figuran, en el apartado primero, prohibiciones taxativas de determinadas conductas que venían siendo habituales en los supuestos de contratación del suministro de contenidos o servicios digitales con estas grandes empresas, a través de las plataformas, redes sociales o motores de búsqueda por ellas gestionadas. Se prohíben así una serie de conductas que afectan a los datos personales de los consumidores que acceden y contratan los servicios de las mismas, y que se añaden a las obligaciones que, a través de la DCSD, han regulado determinados aspectos de dichos contratos de suministro.

En particular, destaca la prohibición de tratar los datos de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros, haciendo uso de los servicios de la plataforma del guardián de acceso, con el fin de prestar servicios de publicidad en línea (apartado 2, letra a, artículo 5 RMD).

Se prohíbe asimismo el combinar datos personales obtenidos de los servicios básicos de la plataforma, con otros obtenidos de otros servicios que pueda proporcionar el guardián de acceso, o procedentes de servicios prestados por terceros (apartado 2, letra b, artículo 5 RMD).

Asimismo, se prohíbe a los guardianes de acceso cruzar datos personales procedentes del servicio básico prestado con otros servicios que preste el mismo guardián por separado, incluidos los servicios básicos de plataforma (apartado 2, letra c, artículo 5 RMD) y, finalmente, iniciar la sesión de los usuarios finales en otros servicios para del mismo guardián para combinar datos personales (apartado 2, letra d, artículo 5 RMD).

Se puede apreciar, a partir de estas prohibiciones, las actividades potenciales que puede realizar una de estas grandes plataformas digitales con los datos de los

cientos de miles o millones de consumidores que acceden diariamente a sus múltiples e interconectados servicios. En muchos casos, para verificar el suministro de un contenido o servicio digital contratado con ellas, en cualquiera de las múltiples modalidades que hoy están disponibles. Son, en todo caso, actividades de las que el usuario final (en gran medida consumidor) no es consciente ni dispone de la capacidad y el conocimiento técnico preciso para alcanzar las múltiples posibilidades de que disponen estas grandes empresas con sus datos personales, a fin de tratar y obtener valor con ellos.

Debe señalarse la vinculación que puede establecerse entre estas prohibiciones, y las conductas identificadas por el TJUE en las sentencias META del TJUE de 2023[229] y 2024[230] como contrarias al RGPD, en relación con las actividades de tratamiento de los datos personales de los usuarios de la red social *Facebook* que se venían realizando por dicha empresa, con amparo en la suscripción por aquellos del condicionado general cuya obligación se imponía para inscribirse en la plataforma. A ello se hará más completa referencia con posterioridad.

Cabe apreciar el avance que, a fin de asegurar un tratamiento de los datos personales ajustado a las obligaciones dimanantes del RGPD, y del resto de normativa de la UE, aportan estas prohibiciones en particular que se imponen a los guardianes de acceso. Sin embargo, la rápida evolución de lo digital puede también hacer temer que estas grandes empresas encontrarán sin duda otras vías para obtener rendimientos de los datos proporcionados por los usuarios en el acceso a sus servicios.

3.- El Reglamento sobre Inteligencia Artificial

Es obligado también hacer mención, para considerar su impacto en la regulación del comercio electrónico de la UE, a la publicación del Reglamento (UE)

[229] Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2023; Meta Plartforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH y Bundeskartellamt , C-252/21, EU:C:2024:834.
[230] Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024 *Maximilian Schrems y Meta Platforms Ireland Ltd*, C-446/21, EU:C: 2023:537.

de Inteligencia Artificial[231] (en adelante, el Reglamento IA), el 12 de julio de 2024. Parte de sus disposiciones entraron en vigor el 1 de agosto de 2024, si bien otras la tienen señalada para el 2 de febrero de 2025, el 2 de agosto de 2025 (las que regulan los sistemas de IA de riesgo alto) e incluso el 2 de febrero de 2027 (medidas de apoyo a la innovación)[232].

La Inteligencia Artificial (IA en adelante), se definió por la Comisión Europea (en su Comunicación de 25 de abril de 2018 a que nos referiremos más adelante) como un término aplicado "a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej., asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej., robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)."[233].

Navas Navarro (2017:24) se refiere a ella como la rama de la ciencia y la ingeniería en la que se trata de comprender, desde el punto de vista de la informática, lo que se denomina comportamiento inteligente. En ella se trata de emular las diversas capacidades del cerebro humano, con la finalidad de presentar

[231] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº. 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE L, de 12.7.24. (téngase en cuenta que, desde el 1 de octubre de 2023, el Diario Oficial de la UE ha dejado de ser una recopilación de actos con un sumario. Cada acto se publica individualmente como un Diario Oficial auténtico en su formato PDF; de ahí que, desde esa fecha, los actos publicados no contengan una referencia al número de Diario Oficial; véase al respecto https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=es) . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[232] Artículo 113 del Reglamento de IA.

[233] Apartado I "Introducción: adherirse al cambio" de la Comunicación de la Comisión "Inteligencia Artificial para Europa". Bruselas, 25.4.2018. COM(2018) 237 final. Una definición quizá algo más técnica es la del grupo de expertos de alto nivel sobre IA (grupo integrado por expertos independientes que reunión la Comisión Europea en junio de 2018 para apoyar la Estrategia Europea sobre IA, definición que recoge Martínez Alba (2021:94) o Aragao Seia (2023:490): "los sistemas de inteligencia artificia (IA) son programas informáticos (y posiblemente también equipos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno, mediante la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, fruto de estos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado".

comportamientos inteligentes sintetizando y automatizando tareas intelectuales, empleando conocimientos propios de disciplinas tan diversas como la filosofía, la estadística, la ingeniería, la neurociencia, la psicología o las matemáticas. El sistema de IA, sigue explicando la autora, funciona y requiere una secuencia de instrucciones que especifica las acciones que debe realizar el sistema informático, constituyendo dicho proceso o secuencia lo que se denomina "algoritmo".

Es quizá la IA uno de los ámbitos tecnológicos que la Unión Europea ha abordado con mayor prontitud y diligencia, seguramente porque no se hizo así con buena parte de las tecnologías previas nacidas a la luz de la actual revolución digital.

Así, en abril de 2018 se presentó por la Comisión y se adoptó una Comunicación sobre Inteligencia Artificial[234], en la que se proponían medidas y acciones para que la UE se convirtiese en líder en cuanto a la regulación de esta nueva tecnología[235], pudiendo así, por una vez al menos, determinar su desarrollo "de acuerdo con su propia visión y basándose en sus valores"[236]. A esta comunicación siguió en diciembre de 2018 otra[237] en la que se proponía un "plan de

[234] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Inteligencia artificial para Europa". Bruselas, 25.4.2018. Documento COM(2018) 237 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[235] Liderazgo regulatorio en lo que se refiere a la adopción, por una organización internacional y con carácter obligatorio para sus miembros, de una regulación general. No puede desconocerse que diversos territorios habían ya adoptado leyes sobre inteligencia artificial antes de la adoción del Reglamento IE de la UE (tanto de carácter sectorial –i. e, la "Artificial Intelligence Video Interview Act" del Estado de Illinois en EE.UU., 820 ILCS 42/, disponible en https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=4015&ChapterID=68 ; verificado el 30 de septiembre de 2024, o general, como la Ley 31814 de la República de Perú "que promueve el uso de la Inteligencia Artificial en favor del desarrollo económico y social del país" -publicada en el diario oficial peruano el 5 de julio de 2023, disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5038703/ley-que-promueve-el-uso-de-la-inteligencia-artificial-en-fav-ley-n-31814.pdf?v=1692895308 ; verificado el 30 de septiembre de 2024-, o la "An act concerning Artificial Intelligence" del Estado de Connectica, EE.UU., adoptada el 22 de abril de 2024 y disponible en https://www.cga.ct.gov/2024/ba/pdf/2024SB-00002-R01-BA.pdf ; verificado el 30 de septiembre de 2024-). Asimismo, disposiciones no vinculantes habían sido adoptadas por otras organizaciones internacionales, como la "Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial", adoptada en 2022 –documento SHS/BIO/PI/2021/1, disponible en https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial ; verificado el 30 de septiembre de 2024-.

[236] Apartado 4 de la Comunicación "Inteligencia artificial para Europa".

[237] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Plan coordinado sobre Inteligencia artificial". Bruselas, 7.12.2018. Documento COM(2018) 795 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

acción coordinado" sobre la materia, que trataba de involucrar a actores públicos y privados[238].

Como parte de este objetivo de que la UE fuese pionera mundial en el desarrollo y regulación de la nueva y rampante tecnología, la Comisión presentó el 21 de abril de 2021 la propuesta de reglamento UE para establecer un marco regulatorio en la UE[239].

Tras casi tres años de negociación, aún bajo el mandato de la Presidencia Española del Consejo de la Unión, el 9 de diciembre de 2023 el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron un acuerdo sobre la propuesta presentada por la Comisión. Este Reglamento, acordado como decimos en diciembre de 2023 y publicado en julio de 2024, constituye, como no ha dejado de reiterarse por las instituciones de la UE[240], el primer marco jurídico de carácter horizontal sobre Inteligencia Artificial (en adelante, IA) adoptado en el mundo, en un momento aún temprano del exponencial desarrollo de esta nueva tecnología digital.

[238] En cuanto al proceso establecido por la Comisión con estas comunicaciones, resulta ilustrativo lo que recoge el apartado 2 de la comunicación "Plan coordinado sobre Inteligencia artificial": "En su estrategia sobre la IA para Europa, la Comisión propuso trabajar con los Estados miembros en un plan coordinado sobre IA para finales de 2018, con el objetivo de maximizar el impacto de las inversiones a nivel nacional y de la UE, fomentar las sinergias y la cooperación en toda la UE, intercambiar las mejores prácticas y definir colectivamente el camino a seguir para garantizar que la UE en su conjunto pueda competir globalmente. La propuesta de un plan coordinado basado en la Declaración de cooperación sobre IA se lanzó en abril de 2018 en el Día Digital y fue firmada por todos los Estados miembros y Noruega 6 . Fue aprobada por el Consejo Europeo en junio de 2018. Los Estados miembros (como parte del grupo sobre digitalización de la industria europea y la IA), Noruega, Suiza y la Comisión prepararon el plan durante varias reuniones que tuvieron lugar entre junio y noviembre de 2018. Los intercambios también tuvieron lugar durante las reuniones del Consejo de Competitividad bajo la Presidencia austriaca de la UE. Durante estas reuniones, los Estados miembros y la Comisión identificaron una serie de acciones comunes para aumentar las inversiones, reunir datos: la materia prima para la IA, fomentar el talento y garantizar la confianza, basándose en la estrategia europea. Priorizaron áreas de interés público, tales como atención médica, transporte y movilidad, seguridad, protección y energía, así como importantes sectores económicos tales como la manufactura y los servicios financieros. El resultado de este trabajo conjunto, el plan coordinado, es el anexo a esta Comunicación. Detalla las acciones que se iniciarán en 2019-2020 y prepara el terreno para las actividades en los años siguientes. Será revisado y actualizado anualmente.

[239] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y al Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas, 21.4.2021. Documento COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[240] Por todos, puede verse esta nota de la Comisión Europea con ocasión de la entrada en vigor del Reglamento.

Se trata de una regulación que atiende fundamentalmente a los riesgos que, en su rápida evolución en prácticamente todos los sectores económicos y actividades sociales, puede conllevar la IA para los intereses públicos y los Derechos fundamentales que regula el Derecho de la UE[241]. Atiende para ello a los que designa como sistemas de AI de alto riesgo, que sujeta a normas comunes en la UE que regulan su desarrollo, utilización y adopción[242]. Es una norma, por tanto, esencialmente dirigida a profesionales que desarrollan o comercializan los sistemas de IA (proveedores y responsables del despliegue, importadores y distribuidores, fabricantes de productos que integren o introduzcan un sistema de IA, representantes autorizados de proveedores, etc.). Por tanto, no se dirige en principio, ni debería afectar a particulares y consumidores de sistemas de IA[243].

El Reglamento se ha redactado, dado el estado de la tecnología que constituye su objeto, como una regulación abierta a los cambios y evoluciones técnicas que sin duda experimentará esta tecnología, para lo cual no solo se establecen definiciones amplias y en buena medida abiertas, sino que también se efectúan amplias delegaciones en la Comisión (por vía de actos delegados, la llamada comitología), a fin de asegurar la necesaria actualización de la norma[244].

La regulación establece en primer lugar una serie de prohibiciones que se aplicaran a todo desarrollo de sistemas de IA. Se prohíbe así el empleo en el desarrollo de sistema de IA, de técnicas subliminales que exploten vulnerabilidades de personas físicas o grupos de personas determinadas por la edad, discapacidad, situación social o económica, que utilicen técnicas de evaluación o clasificación de personas en razón de su comportamiento social o características conocidas de su

[241] Considerandos 4 y 5 del Reglamento AI.

[242] "Deben establecerse normas armonizadas aplicables a la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA de alto riesgo en consonancia con el Reglamento (CE) nº. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (7), la Decisión nº 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (8) y el Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo (en lo sucesivo, «nuevo marco legislativo»). Las normas armonizadas que se establecen en el presente Reglamento deben aplicarse en todos los sectores y, en consonancia con el nuevo marco legislativo, deben entenderse sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de protección de datos, protección de los consumidores, derechos fundamentales, empleo, protección de los trabajadores y seguridad de los productos, al que complementa el presente Reglamento."; Considerando 9º del Reglamento IA.

[243] Artículo 2 del Reglamento IA.

[244] Así lo prevén, entre otros, los artículos 6, apartados 6 y 7, artículo 7, apartado 1, o artículo 43, apartados 5 y 6, del Reglamento IA. En los artículos 97 y 98 se regula específicamente el ejercicio por la Comisión de esta facultad de dictar actos delegados.

personalidad, evaluaciones del riesgo de que las personas cometan delitos en razón de su perfil o características de su personalidad, limitaciones en el uso de la IA para desarrollar el reconocimiento facial no selectivo en circuitos cerrados de TV o cámaras, o para inferir sentimientos de las personas físicas en su centro de trabajo[245].

A continuación, se clasifican los sistemas de IA en razón del riesgo que los mismos presenten, estableciendo en razón de ello y de la potencial peligrosidad obligaciones diferentes para los proveedores, responsables del despliegue y demás intervinientes en su desarrollo y aplicación.

Se distinguen en primer lugar sistemas de alto riesgo[246] (que incluyen, entre otros, los sistemas que empleen la identificación biométrica, los sistemas que vayan a ser utilizados como componentes de seguridad en la gestión y el funcionamiento de las infraestructuras digitales críticas, del tráfico rodado o del suministro de agua, gas, calefacción o electricidad, los destinados a ser empleados en sistemas educativos y de formación profesional –admisión en centros, evaluación del aprendizaje de los alumnos, etc.-, los destinados a ser utilizados por autoridades garantes del cumplimiento del Derecho –que puede incluir autoridades judiciales y policiales-, en administración de justicia y sistemas democráticos, etc.)[247]. Estos sistemas se someten a las medidas preventivas más rigurosas, como controles de conformidad *ex ante*, autorización, registro, etc., y se impone a los Estados miembros el establecimiento de sistemas de vigilancia post-comercial[248]

En segundo lugar, con menor nivel de control y supervisión, se establecen normas dirigidas a aquellos sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas[249], como *chatbots* o los que generen o manipulen imágenes o contenidos de audio o vídeo que impliquen "ultrasuplantación". En este caso, las obligaciones impuestas son fundamentalmente de información al público o consumidor destinatarios de tales sistemas.

[245] Artículo 5, "Prácticas prohibidas", del Reglamento IA.
[246] Capítulo III, artículos 6 y siguientes del Reglamento IA.
[247] Véase el Anexo III del Reglamento IA.
[248] Artículo 72 del Reglamento IA.
[249] Capítulo IV, artículo 50 y siguientes del Reglamento IA.

Un tercer nivel de regulación afecta a los sistemas de IA denominados de uso general, que pueden considerarse o no de riesgo sistémico, cuando reúnan características como presentar una alta capacidad de cálculo para su entrenamiento de acuerdo con los parámetros establecidos en la norma[250]. Respecto de los mismos, se imponen obligaciones de comunicación y consulta a la Comisión, en caso de considerarse o poderse calificar como de riesgo sistémico.

La regulación se completa con medidas de fomento y apoyo a la innovación[251], un régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Reglamento[252], y un régimen de gobernanza[253] que prevé la creación de una oficina de IA dependiente de la Comisión y un Consejo Europeo de Inteligencia Artificial, en que estarán presentes representantes de los Estados miembros.

De esta breve exposición del Reglamento IA puede considerarse que su objeto y contenido resulta ajeno a la materia objeto del trabajo, si bien guarda alguna relación con la misma debido al campo de la tecnología digital al que corresponde. Se ha juzgado sin embargo conveniente incluir esta mención de tan reciente regulación por cuanto no solo su objeto regulatorio está ya presente en la gran mayoría de sistemas de contratación electrónica automatizada, sino que uno de sus objetivos principales resulta esencial para el desarrollo de la misma. En efecto, uno de los principales objetivos de este Reglamento (UE) sobre IA es el fomento de la confianza de las empresas y ciudadanos y consumidores de la UE en esta tecnología, generalmente considerada de enorme potencial y desarrollo transversal en los próximos años. Resulta, pues, un aspecto relevante para el desarrollo del comercio y la contratación electrónica en la UE, como señala Pérez Ortega (2020:52)[254].

[250] Artículo 51 del Reglamento IA.
[251] Artículo 57 y siguientes del Reglamento IA.
[252] Artículo 99 del Reglamento IA.
[253] Artículo 64 y siguientes del Reglamento IA.
[254] "La confianza de las empresas y de los ciudadanos europeos en la transformación digital se consigue en gran parte, y como se ha indicado, generando un marco de ciberseguridad adecuado y eficaz. Sin embargo, esa protección no solo es una cuestión de ciberseguridad, sino que las personas necesitan poder confiar en la propia tecnología y en el modo en que se utiliza, siendo este un aspecto de especial importancia cuando hablamos de Inteligencia Artificial". Pérez Ortega, R (2020: 53).

CAPÍTULO TERCERO. LA DIRECTIVA (UE) 2019/770: OBJETO Y ÁMBITO DE REGULACIÓN. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y OTRAS DISPOSICIONES DEL ACERVO UE. INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 AL DERECHO ESPAÑOL

I.- LA DIRECTIVA (UE) 2019/770. LA PROPOSICIÓN Y SU TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

1.- Objetivo y características de la propuesta de la Comisión. La técnica de la "armonización máxima selectiva". Base jurídica elegida

A) Génesis y presentación de la propuesta de Directiva

Señala Prats Albentosa (2016) que, en buena medida, el origen de la DSCD se encuentra en la experiencia acumulada por los servicios de la Comisión durante los cuatro años de negociación de la propuesta del Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea[1] (en adelante, Reglamento CESL). Ello no solo en cuanto a la determinación de aquellas materias sobre las que podía avanzarse por parte del legislador de la Unión, sino que la reflexión ha de entenderse también en relación a las enmiendas que se propusieron por el Parlamento Europeo, en primera lectura, a la citada propuesta de Reglamento.

Dicha experiencia, a la que alude expresamente la exposición de motivos de la propuesta de DCSD, constituyó una buena base para que la Comisión se aventurase con paso firme, pese al fracaso anterior y cercano de la propuesta de Reglamento CESL, a presentar en diciembre de 2015 las nuevas iniciativas sobre

[1] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Documento COM(2011) 635 final, Bruselas 11 de octubre de 2011. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF . Verificado el 20 de octubre de 2024).

contratos de suministro y compraventa de contenidos y servicios digitales, avanzando con ello en la implementación de la Estrategia MUD.

En efecto, entre las primeras propuestas que, para implementar la Estrategia MUD, presentó la Comisión antes de que finalizase el año 2015 se encontraban dos iniciativas relativas a los contratos digitales: la "Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales"[2] (en adelante, la propuesta DCSD), y la "Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes"[3] (en adelante, la propuesta DCL).

La propuesta no generó un especial rechazo en el seno del Consejo, pese al reciente precedente del Reglamento CESL a que se ha hecho referencia. Señala Baile (2016:8) que ello obedece a que en la mayoría de EEMM no existía una regulación específica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (de hecho, en ese momento solo dos EEMM disponían de normas sobre la materia en su legislación sobre consumo: Reino Unido y Países Bajos). Un segundo elemento que explica la buena acogida de la norma es que, en los términos planteados por la Comisión de plena armonización, la misma no debía suponer una reducción de los umbrales de protección de consumidores de que ya disponían la mayoría de EEMM, sino que incluso en aquellos dos que ya disponían de legislación espacial sobre la materia, se reforzaba dicha protección.

La primera de estas propuestas, la DCSD, constituye el objeto de este trabajo, abordándose a continuación su *iter* negociador. La DCL siguió un proceso paralelo, y está estrechamente vinculada por su objeto y finalidad, a la DCSD. Ello justifica que hagamos también referencia a ella más adelante, exponiendo la vinculación y sinergias que presentan ambas directivas.

[2] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo. relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Documento COM(2015) 0634 final. Bruselas, 9 de diciembre de 2015. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[3] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes. Documento COM/2015/0635 final. Bruselas, 9 de diciembre de 2015. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0635. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

La propuesta de DSCD fue adoptada por el Colegio de Comisarios el 9 de diciembre de 2015, con la estructura habitual de este tipo de propuestas legislativas: una exposición de motivos con un primer apartado relativo al contexto (motivación y objetivos, relación con previas disposiciones del acervo, y coherencia con otras políticas de la UE), otro segundo atinente a la base jurídica y al análisis de subsidiariedad y proporcionalidad de la propuesta, uno tercero exponiendo el resultado de las consultas a las partes interesadas y de las evaluaciones de impacto y *ex post*, un cuarto mencionando la ausencia de repercusiones presupuestarias de la propuesta y un quinto y final apartado, que bajo la rúbrica "otros elementos" resumía el contenido de las específicas disposiciones. A esta primera parte explicativa seguía propiamente el texto de la propuesta legislativa, integrado por 55 considerandos y 24 artículos.

La propuesta señalaba cinco objetivos principales que se pretendían alcanzar:

1. reducir los costes que en el comercio intracomunitario supone la coexistencia de distintos regímenes normativos en materia de contratos

2. aumentar la seguridad jurídica de las empresas

3. permitir que los consumidores obtuviesen mayores beneficios de la posibilidad de realizar compras transfronterizas por Internet en el territorio de la UE

4. reforzar la garantía de los consumidores frente a los contenidos digitales defectuosos adquiridos *online*

5. alcanzar un equilibrio entre los intereses de consumidores y empresas.

Para justificar la elección de estos objetivos, la exposición de motivos de la propuesta recogía el dato de que el 39% de las empresas que realizaban actividades de venta por Internet en la UE no ofrecían sus productos en otros Estados miembros,

debido a las diferencias entre los regímenes normativos a que una actividad de venta transfronteriza les obligaba a sujetarse[4].

Para intentar resolver esta barrera, proponía la Comisión adoptar un enfoque de "armonización máxima selectiva" ya empleado en el ámbito de la protección de consumidores con la Directiva 2011/83/UE[5]. Se trataba de uniformizar de forma plena (es decir, con un régimen de asunción obligatoria por los EEMM) de determinadas disposiciones regulatorias de estos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, así como a los derechos y obligaciones que de ellos nacen para las partes.

La plena armonización alcanza a la casi totalidad de los artículos de la propuesta, si bien estos no cubren, como hemos dicho, todo el régimen jurídico de estos contratos, sino determinados aspectos concretos del mismo, en razón de ese

[4] "El 39 % de las empresas que venden en línea, pero no realizan operaciones transfronterizas consideran que las diferencias entre las diferentes legislaciones en materia contractual constituyen uno de los principales obstáculos para las ventas transfronterizas. 2 Esto ocurre en particular con las formas de saneamiento de productos defectuosos como menciona el 49 % de los minoristas que realizan ventas en línea y el 67 % de aquellos que están tratando de vender en línea o considerando la posibilidad de hacerlo. 3 La existencia de diferentes normativas nacionales en materia de derecho contractual ha generado para los minoristas que venden directamente a los consumidores costes puntuales de unos 4 000 millones EUR, que afectan sobre todo a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas (PYME). El objetivo de estas propuestas es crear un entorno favorable para las empresas y facilitar que estas, en particular las PYME, realicen ventas transfronterizas. Las empresas deben contar con seguridad jurídica y evitar los costes innecesarios causados por las diferencias entre las normativas nacionales cuando venden bienes y contenidos digitales fuera de su mercado nacional". Exposición de motivos de la propuesta de DCSD, apdo. 1.

[5] 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. DOUE L 304, 22.11.2011.
Resulta interesante la descripción que ofrece Beale (2016:5), sobre el fracaso parcial que supuso para la Comisión la propuesta inicial de Directiva sobre derechos de los consumidores, presentada en 2008 (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, documento COM(2008) 614, Bruselas, 8 de octubre de 2008; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0614 , verificado el 21 de octubre de 2024). Siendo el propósito inicial de la propuesta el reemplazar hasta cuatro importantes directivas en materia de protección de consumidores (incluyendo la de ventas a distancia, o la de cláusulas abusivas), la Comisión adoptó un enfoque de armonización máxima, pero con un escaso incremento del nivel de protección de consumidores anterior (fruto de la ambición armonizadora). Esto hubiese obligado a varios EEMM a rebajar el nivel de protección ya existente en su legislación –que era superior en diversos puntos al de la propuesta de la Comisión-, lo que generó un importante rechazo político, que llevó finalmente a la Comisión a minimizar daños, presentando una nueva propuesta sobre Derechos de los consumidores de menor ambición que la inicial, y que finalmente dio lugar a la Directiva 2011/83/UE, que propugnó la armonización máxima, pero limitada a ciertos aspectos de la materia. Esta razón de fondo fue también la que determinó finalmente la retirada de la propuesta de Reglamento CESL.

enfoque "selectivo". Si la Comisión hubiese adoptado otro enfoque (por ejemplo, de armonización exhaustiva), ello hubiese significado acercar la propuesta a la del malogrado proyecto de Reglamento CESL, que tanto rechazo había despertado entre los EEMM en los años inmediatamente anteriores, y cuya propuesta fue finalmente retirada por la Comisión una vez constatada la imposibilidad de un acuerdo Consejo-Parlamento. Algunos autores[6] achacan el fuerte rechazo que la propuesta de Reglamento CESL levantó en algunos Estados miembros a que la armonización completa que la misma perseguía hubiese obligado en algunos casos a rebajar los estándares nacionales de protección de consumidores[7]. Esta explicación nos parece que queda algo corta, si se repara en que la propuesta CESL buscaba ofrecer un régimen optativo al nacional preexistente, al que hubiesen podido seguir acogiéndose los consumidores que encontrasen en él un nivel de protección superior.

Recuerda Izquierdo Grau (2014:31) que la regulación de determinados aspectos del contrato de compraventa forma parte del núcleo duro del Derecho privado de los Estados miembros, y que ello provoca importantes resistencias por parte de los mismos a aceptar un enfoque de armonización máxima, como ya ocurrió también con la Directiva 1999/44/CE[8], sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Este objetivo de "armonización máxima selectiva o parcial" de la materia se aseguró, siguiendo la misma técnica que en la Directiva 2011/83/UE, en el artículo 4 de la DCSD, rubricado "Nivel de armonización". En él se impone a los EEMM la

[6] "La adopción de la Directiva 2011/83/UE […] supuso un cambio sustancial en lo relativo a la técnica legislativa utilizada por el legislador europeo para armonizar las regulaciones de consumo en el seno de los Estados miembros, pues, como es sabido, dicha directiva impide que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su legislación nacional disposiciones contrarias a las fijadas en aquella directiva (art 4 DDC), previendo, así, la técnica de la armonización máxima" (Izquierdo Grau. 2014:31).

[7] "L'idée de la Commission de transformer dans la directive de 2011 sur les droits de consommateurs les deux directives nº. 99/44 et sur les clauses abusives dans une directive d'harmonisation complète n'a pas été couronnée de succès au Conseil, parce que les États membres n'étaient prêts à se mettre d'accord sur le niveau souhaité de protection des consommateurs. Cette difficulté à trouver un accord était due au fait qu'une harmonisation complète aurait conduit certains Etats membres parmi les plus avancés dans la protection de consommateurs, dont la France, à un abaissement du niveau du protection qui paraissait difficilement acceptable. Cette difficulté politique que s'est également ressentie au cours des négociations de la directive sur la vente de biens qu'en a gardé une trace dans son libellé » (Staudenmayer. 2019:126).

[8] 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. DOUE L 171, 7.7.1999.

prohibición de mantener o introducir en su derecho nacional "disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva".

El TJUE ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el efecto de esta cláusula, recordando que desde el momento en que la misma determina una armonización en principio total de la legislación de los EEMM, por lo que se refiere a las disposiciones que enuncia ello determina la interpretación que deba darse, dentro de los límites del principio de interpretación conforme del Derecho de la UE, a las disposiciones nacionales de transposición de las normas de la directiva cuya interpretación se ponga en cuestión[9].

La experiencia de la negociación fallida del Reglamento CESL llevó a la Comisión a la certidumbre de que, frente a una indeseada regulación exhaustiva que tanto recelo había despertado, una armonización gradual de determinadas figuras contractuales era más realista, y no tan distante en cuanto a sus resultados, de la finalidad del Reglamento CESL. Este, recuérdese, perseguía establecer una regulación exhaustiva del contrato de compraventa que, inserto en el acervo jurídico de la Unión, se ofreciese a los consumidores y empresas como una alternativa voluntaria frente a la regulación nacional ofrecida por las legislaciones de los Estados miembros[10]. Schulze (2022:192) destaca este aspecto, señalando que la adopción en 2019 de las dos directivas (DCSD y DCL) constituye el inicio de una nueva fase en el desarrollo del Derecho europeo de contratos, siguiendo el "nuevo

[9] Por todas, véanse las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 2023, *Verein für Konsumenteninformation y Sofatutor GmbH* C-565/22, EU:C:2023:735, apdo. 38, y de 30 de mayo de 2024, *VT. UR y Conny GmbH,* C-400/22, ECLI:EU:C:2024:436, apdo. 40.

[10] Conforme se exponía en la propuesta de Reglamento CESL, el objetivo del Reglamento coincidía, en esencia, con el de la ulterior propuesta de DCSD, describiéndose en aquella (apdo. 1 de la Exposición de motivos del Reglamento CESL) dicho objetivo como el de "mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores", objetivo que se entendía podía alcanzarse "mediante la puesta a disposición de un corpus uniforme y autónomo de normas de Derecho contractual que incluya disposiciones para proteger a los consumidores, la normativa común de compraventa europea, que ha de considerarse un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros".

comienzo" propugnado por la Estrategia MUD tras el fracaso del proyecto de Reglamento CESL[11].

En el preámbulo de la propuesta DCSD se insiste en esa necesidad de armonización completa de, al menos, ciertos aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Así, el extenso considerando 3 recalca las dificultades (en términos de costes adicionales) a que se enfrentan las empresas que desean realizar ventas transfronterizas en la UE, debido a la divergencia entre las normas nacionales imperativas en materia de consumo. En aquellos Estados miembros donde no existía normativa específica sobre el suministro de contenidos digitales, estas dificultades consistían en la incertidumbre sobre qué normas eran aplicables en esos contratos, y si las mismas tenían carácter imperativo. El considerando 4 recalca la necesidad de aportar confianza a los consumidores sobre sus derechos contractuales, y el 5 y 6 presentaban, como remedio a estas dificultades, la necesidad de una normativa contractual "plenamente armonizadas específicas para los contenidos digitales en toda la UE".

Este principio de la "armonización máxima selectiva" no ha dejado de suscitar críticas, principalmente en la doctrina alemana. Grigoleit (2023:729) describe como "táctica del salami" este enfoque adoptado por la EU en numerosas disposiciones en materia de protección de consumidores, frente a la opción de planteamiento global y general de la realidad que se pretende regular. Afirma el mismo autor (2023:735) que la aplicación de dicho principio de "máxima armonización", con un ámbito de aplicación de largo alcance no deja de constituir una *contradictio in terminis*, ante la realidad de una normativa meramente parcial que solo regula aspectos concretos de la materia regulada, sin cubrir en su plenitud la relación jurídica afectada. Conforme a ella, los destinatarios de la norma solo pueden confiar "limitadamente" en el régimen uniforme que se les ofrece.

Igualmente, el mencionado enfoque adoptado por la Comisión ha merecido críticas en cuanto a la no regulación de una tipología de contrato específica o

[11] "The 2019 "twin directives" –the Digital Contend and Digital Service Directive (DCD) an the Sale of Good Directive (SGD)- are among the starting point of a new phase in the development of European Contract law. The emerged in the context of the European Commission's Digital Single Market Strategy, which aims at a "new start" after the failure of the project of a Common European Sales Law". (Schulze. 2022:192),

determinada ya que, como se ha señalado, se deja íntegramente al legislador nacional la tarea de determinar a qué tipo de contrato, típico o atípico ha de aplicarse la regulación que se le obliga a transponer. Esta decisión se considera sin embargo razonable por otros autores[12], valoración que por nuestra parte compartimos, pese a que, como señala Richter (2021:7), la práctica seguida por los EEMM al transponer la DCSD iba diferir sustancialmente –como así ha sido-, y que muchos aspectos interpretativos de la regulación van a estar necesariamente determinados por la opción y el tipo de contrato al que se aplique[13].

Debe finalmente advertirse, en cuanto al objetivo de aumentar la competitividad y expandir el comercio electrónico (que claramente se incluía entre los objetivos de la propuesta de aumentar la seguridad jurídica para los empresarios y reducir costes al establecer un ámbito armonizado en esta ámbito del mercado único), que la DCSD ha sido considerada por parte de la doctrina como una disposición que va en detrimento de las PYMES que actúan en el mercado único digital, por cuanto supone añadir cargas y obligaciones que aumentan su desventaja respecto de los grandes operadores de plataformas del mercado (GILHA. 2023:39)[14].

Como valoración general de la regulación establecida en el DCSD, señalamos que en su momento que la parte armonizada del nuevo contrato es más bien escasa, y muy centrada en aspectos concretos de su ejecución (Aguilera Ruiz. 2019:5). Podría haberse aprovechado para regular otras cuestiones relativas a la formación y perfección del contrato que en muchas ocasiones son en el ámbito del contenido digital, fuente de discrepancias debido a las diferencias regulatorias, e incluso otras de carácter formal. La dificultad que en muchas ocasiones presenta el procedimiento legislativo en la Unión permite entender no obstante, que en muchas ocasiones se

[12] "El objetivo de la Directiva 2019/770 es otorgar un mecanismo de protección contractual armonizado para todos los consumidores involucrados en contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Cualquier definición de la naturaleza o tipo de contrato se habría traducido en un acotamiento del ámbito de aplicación de la Directiva, con la consiguiente menor protección de los consumidores" (Sánchez Aristi. 2024:474).

[13] "The lack of typology for contracts for the supply of contents, has the potential to create major differences in approach across the Unión". (Richter. 2021:7)

[14] "Namely, compliance with the obligations arising from the DCD, instead of helping them, will likely negatively affect SME traders and possibly create additional barriers for them to enter or stay on markets and compete with the big, well-established players dominating such markets". Gilha, D. (2023:39)

sacrifiquen mayores aspiraciones por parte de la Comisión, en aras de avances más limitados pero que van asentando una evolución legislativa a largo plazo.

B) La base jurídica de la propuesta

La base jurídica propuesta por la Comisión fue el artículo 114 del TFUE[15] relativo a la aproximación de legislaciones nacionales. La misma se mantuvo durante el proceso de negociación y es la que hoy recoge la DCSD, siendo la que determinó como aplicable el procedimiento legislativo ordinario (también conocido como procedimiento de codecisión). Dicho procedimiento se encuentra regulado en el artículo 294 TFUE, y requiere, para la adopción del acto legislativo, el acuerdo entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión[16].

La cuestión de las bases jurídicas de las propuestas normativas no es menor, ya que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, la elección de la base jurídica "reviste una importancia de naturaleza constitucional, toda vez que, dado que la Unión solo dispone de competencias de atribución, debe engarzar los actos que adopta en las disposiciones del Tratado FUE que la habilitan efectivamente para ello. Así pues, el recurso a una base jurídica errónea puede invalidar el propio acto de celebración y, por consiguiente, viciar el consentimiento de la Unión en obligarse por el acuerdo suscrito" (Dictamen 1/19[17], apdo. 199).

[15] Artículo 114, apartado 1, TFUE: "Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior".

[16] Conforme al artículo 16 TUE, en el procedimiento legislativo ordinario el Consejo de la Unión debe adoptar sus decisiones por mayoría cualificada, lo que exige, a partir del 1 de noviembre de 2014, un mínimo del 55 % de sus miembros que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión).

[17] Dictamen del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021 a petición del Parlamento Europeo, con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11, en relación con el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul). Dictamen 1/19. ECLI:EU:C:2021:198.

Como ha recordado el TJUE, el artículo 114 TFUE (anterior artículo 95 TCE, y aún antes artículo 100 A TCEE) "faculta al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea a adoptar medidas que tengan por objeto la eliminación de los obstáculos a los intercambios que resulten de las disparidades entre las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros"[18]

En cuanto a su utilización como base jurídica de la legislación UE, tiene también establecido el TJUE que si bien la mera constatación de disparidades entre las normativas nacionales no basta para justificar el que pueda recurrirse al mismo, "no sucede lo mismo en caso de divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales y afectar por ello directamente al funcionamiento del mercado interior" (por todas, sentencia TJUE asunto C-58/08[19]).

Igualmente, tiene establecido la jurisprudencia del mismo Tribunal que es posible recurrir a esta base jurídica, cuando ello sea preciso "para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales, siempre que la aparición de tales obstáculos sea probable y que la medida de que se trate tenga por objeto su prevención […], cuando existan obstáculos a los intercambios o sea probable la aparición de futuros obstáculos, derivados del hecho de que los Estados miembros hayan adoptado o estén en trámite de adoptar, en relación con un producto o con una categoría de productos, medidas divergentes que puedan garantizar niveles de protección distintos e impedir, por ello, la libre circulación del producto o productos en la Unión, el artículo 114 TFUE faculta al legislador de la Unión para que intervenga adoptando las medidas adecuadas, que respeten, por una parte, lo previsto en el apartado 3 de dicho artículo y, por otra, los principios jurídicos

[18] Sentencias del TJUE de 17 de mayo de 1994, *Francia/Comisión*, C-41/93, Rec, EU:C:1994:196, apdo. 22, y de 9 de agosto de 1994, *Alemania/Consejo*, C-359/92, EU:C:1994:306, apartado 22, en relación con el artículo 100 A CE. Más recientemente, sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de julio de 2015, *CSF Srl contra Comisión Europea*, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, apdo. 25.

[19] Sentencia TJUE 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros*, C-58/08, EU:C:2010:321, apdo 32.

mencionados en el Tratado FUE o establecidos por la jurisprudencia, en especial el principio de proporcionalidad" [20].

Mediante la expresión «medidas relativas a la aproximación», que figura en el artículo 114 TFUE, los autores del Tratado han querido conferir al legislador de la Unión, en función del contexto general y de las circunstancias específicas de la materia que deba armonizarse, un margen de apreciación en cuanto a la técnica de aproximación más adecuada para lograr el resultado deseado, en especial en los ámbitos con por particularidades técnicas complejas" [21].

En definitiva, la amplia configuración de la habilitación que proporciona el artículo 114 TFU, en su interpretación jurisprudencial, hace que sea habitualmente invocada en cualquier proyecto normativo de la UE que pueda tener alguna incidencia en el mercado interior, y que no constituya –a diferencia de otras- una base jurídica especialmente cuestionada por los colegisladores de la Unión.

Mencionar finalmente que la propuesta se acompañaba, siguiendo también el uso habitual de la Comisión, del documento que recogía la evaluación de impacto[22]. Presentaba la particularidad de tratarse de un documento conjunto para

[20] Sentencia TJUE de 4 de mayo de 2016, *Philip Morris Brands SARL y otros contra Secretary of State for Health*, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, apdos. 59 y 62.
[21] Sentencia TJUE de 12 de diciembre de 2006, Alemania/Parlamento y Consejo, C-380/03, EU:C:2006:772, apdo. 42
[22] El documento conocido como "evaluación de impacto" es un informe que presenta los resultados de los análisis, estudios y consultas que preceden a la presentación de una propuesta normativa por la Comisión Europea. Dicho documento, que sirve normalmente de fundamento a la decisión del Colegio de Comisarios de adoptar la propuesta, se transmite a las instituciones legisladoras de la Unión junto con la propuesta. La calidad de los informes es analizada por un órgano interno de la Comisión, el Comité de Control Reglamentario, que verifica el cumplimiento de las directrices internamente adoptadas por la Comisión para guiar la calidad del proceso de elaboración de propuestas normativas. "An impact assessment is a process comprising a structured analysis of policy problems and corresponding policy responses. It develops policy objectives and alternative policy options and assesses their impacts. It also considers subsidiarity, proportionality of options and how to monitor and evaluate the policy in the future. It helps to develop the Commission's policy response to a certain policy problem by providing the evidence base for – and the impacts of – various options. If a preferred option is chosen, it presents the reasoning behind it. The process is presented in an impact assessment report"; documento 'Better regulation' toolbox 2023", pág. 42. Disponible en: https://commission.europa.eu/document/download/c0561a9c-d112-4d20-b1ec-145748e2c61c_en?filename=BRT-2023-Chapter%202-How%20to%20carry%20out%20an%20impact%20assessment_0.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

dos propuestas normativas diferentes pero simultáneamente presentadas: la DCSD y la DCL[23].

A lo largo de sus 54 páginas (en una extensión que no puede considerarse excesiva, particularmente cuando el documento afecta a dos propuestas normativas diferentes), y como es habitual en este tipo de documentos adjuntos a las propuestas normativas de la Comisión, se analiza el problema que pretende abordar, el marco legal preexistente (haciendo especial referencia a la Directiva 2011/83/CE y al Reglamento Roma I), así como las opciones legislativas disponibles para alcanzar los objetivos establecidos y como su posible impacto, justificando así el decantarse finalmente por proponer una directiva de armonización sólo de determinados aspectos de la materia.

Como cuestión que resulta destacable, al final del apartado 1. 2. 2 del Documento se analizan las diferencias existentes entre EEMM en cuanto al Derecho de contratos de consumo y cómo ello contrae el comercio electrónico transfronterizo. Se menciona la compleja situación en que, debido a la incertidumbre que en el ámbito nacional existe sobre la normativa aplicable, se encuentran los contenidos digitales, cuya mención se destaca debido a la falta de claridad en la calificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, que cual por ejemplo afecta, a las acciones (remedios) que pueden ejercitar los contratantes y las condiciones en que pueden hacerlo[24].

[23] Documento de trabajo de la Comisión Europea SWD(2015) 274 final. Bruselas, 9.12.2015. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015SC0274. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[24] "Results from a recent study based on interviews with EU businesses selling digital content online show that approximately a quarter of the businesses interviewed were dissuaded from engaging in cross-border activities due to legislative gaps and differences between Member States' national contract law rules". Ibidem, apdo. 1. 2. 2.

2. – El proceso de negociación de la propuesta

A) Tramitación en el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE

Los dos comités del Parlamento Europeo responsables conjuntamente de la propuesta fueron los comités IMCO -Mercado Interior y Protección del Consumidor, y JURI -Asuntos Jurídicos, que aprobaron su informe conjunto sobre la propuesta el 21 de noviembre de 2017[25].

Los eurodiputados designados como ponentes en cada uno de estos comités fueron[26] Evelyne Gebhardt (alemana y del Grupo Socialismo y Democracia) y Axel Voss (alemán, del Grupo Popular Europeo). Los llamados "ponentes en la sombra" (*shadow rapporteurs*) fueron *Eva Maydell (EPP, BG);* Virginie Rozière (S&D,FR); Daniel Dalton (ECR, UK); Angel Dzhambazki (ECR, BG); Jean-Marie Cavada (ALDE, FR); Kaja Kallas (ALDE, ET); Dennis de Jong (EUL/NGL, NL); Jiří Maštálka (EUL/NGL,CZ); Julia Reda (Greens/EFA, DE); LauraFerrara (EFDD, IT); Marco Zullo (EFDD, IT). Ningún eurodiputado español participó directamente en la negociación en el Parlamento, y destaca la intervención de eurodiputados de, por este orden, Alemania, Francia e Italia, lo que puede considerarse un indicativo del interés despertado por la propuesta en la Eurocámara.

Los principales cambios a la propuesta inicial contenidos en el informe conjunto de las comisiones parlamentarias participantes, se referían a cinco cuestiones fundamentales reflejadas en las modificaciones propuestas en el articulado, y que pueden sintetizarse como sigue: debía tratarse de un instrumento legislativo de armonización máxima; su ámbito de aplicación debería incluir los contenidos digitales pero no los servicios digitales; el ámbito de aplicación debía

[25] Parliament Report of 27 November 2017 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Committee on the Internal Market and Consumer Protection Committee on Legal Affairs, Rapporteurs Evelyne Gebhardt and Axel Voss, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0375+0+DOC+PDF+V0//EN Verificado el 20 de octubre de 2024.

[26] Nota informativa *Briefing* del Parlamento Europeo sobre legislación en proceso. Marzo de 2017. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599310/EPRS_BRI(2017)599310_EN.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

incluir tanto los contratos a cambio de un precio, como aquellos en que, como contraprestación, el consumidor suministrase datos, fuesen personales o de otro tipo; en relación con los criterios para determinar la conformidad de la prestación y la calidad de lo suministrado por parte del empresario, debían primar los criterios subjetivos (establecidos en el contrato) sobre los de carácter objetivo; debían jerarquizarse las medidas de reparación puestas a disposición del consumidor en caso de incumplimiento del empresario, de modo que el consumidor no pudiese en primera instancia acudir a la resolución y restitución de prestaciones, sino que debía darse una segunda oportunidad al empresario para un adecuado cumplimiento de sus prestaciones; y, por último, debían introducirse normas sobre la terminación de los contratos en que se pactase el suministro a lo largo de un periodo de tiempo que fuese mayor a un año.

La negociación en el Consejo de Ministros de la UE de la propuesta de DCSD fue ágil y no se enfrentó a particulares dificultades. Se desarrolló en paralelo a la negociación de la DCL, si bien esta sí encontró más oposición entre los EEMM, lo que determinó que la Comisión presentase en 2017 una modificación de su propuesta inicial de DCL, en que suprimía la diferencia de régimen jurídico aplicable a las compraventas en línea y al resto de compraventas a distancia.

El Consejo alcanzó un acuerdo de orientación general sobre la propuesta en junio de 2017, comenzando la fase de trílogos Parlamento-Consejo el 5 de diciembre de 2017. Esta concluyó por parte del Consejo con la adopción de la propuesta en primera lectura -previo examen por el COREPER el día anterior-, en la sesión n.° 3686 del Consejo de Agricultura y Pesca, celebrada el 15 de abril de 2019 en Luxemburgo. Votaron a favor 27 Estados miembros, absteniéndose únicamente Reino Unido que se encontraba ya en fase pre-Brexit[27].

Durante su tramitación, emitieron su opinión sobre la compatibilidad de la propuesta con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad el Senado

[27] Documento del Consejo con cota 8614/19, recogiendo el resultado de la votación. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8614_2019_INIT. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

italiano[28] (de carácter favorable). Emitieron también informes favorables la Cámara de diputados italiana el 17 de febrero de 2016[29], el Parlamento de Rumanía el 1 de marzo de 2016[30], el Senado danés, el 25 de octubre de 2026[31] o la Cámara de diputados de Luxemburgo[32].

La negociación se enfrentó en su fase final al horizonte de las elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2019 y el final de la legislatura, lo que hubiese determinado que las propuestas en curso decayera hasta la siguiente legislatura (en la que podrían haber sido retomadas por decisión de la Conferencia de Presidentes del mismo Parlamento[33]).

[28] Resolución de 17 de febrero de 2016 de la 10ª Comisión (Industria, comercio y turismo) del Senado de la Republica de Italia. Documento XXV, nº 117. Resulta interesante el comentario relativo a la proporcionalidad de la propuesta, que expresa una primera opinión desde el punto de vista de un Estado miembro: "La propostá è conforme ai princpio de propporzionallitá, poiche non intende amonizzare tutti gli aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, ma verse sull'armonizzacione a livello dell'Unione europea solo di quei diritti contrattualli essenziali ai mirati dei consumatori europei chi sono fondamentali per le transazzioni comerciali transfrontalieri *online*, In tal senso, l'utlillizo della Direttiva invece que el Rigolamento permetterà de limitare l'interferenza del diritto nazionale; cio che lascerá anche spazio alle eventuale novità che dovessero intervenire in un settore in rapida evoluzione tecnológica e comerciale come quello dei contenuti digitale". Pág. 7 de la Resolución del Senado Italiano. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6511_2016_INIT. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[29] Documento del Consejo con cota 9561/16. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=consil%3AST_9561_2016_INIT . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[30] Documento del Consejo con cota 5937. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5937_2016_INIT . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[31] Documento del Consejo con cota 13472/16. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13742_2016_INIT . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[32] Documento del Consejo con cota 6894/16. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6894_2016_INIT . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Resulta en este caso interesante que el legislativo luxemburgués manifestase que la propuesta de DCSD había suscitado un consenso general, si bien la propuesta de DCL resultaba más controvertida, habiendo su Comisión de Economía expresado contrariedad porque esta segunda propuesta limitaba su ámbito a las ventas a distancia, lo que iba a determinar la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados, uno para las ventas en línea de bienes y otro para la venta físicas regulado por la 1999/44/CE. Consideraba este hecho un mal precedente, pese a que la Comisión hubiese expresado su intención de revisar esta última norma al hilo de la actualización del régimen de protección de consumidores. Esta cuestión determinó una objeción importante en el Consejo a la negociación de la DCL, que determinó una modificación por la Comisión de su propuesta inicial presentada en 2017 (documento COM(2017) 637 final, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13927_2017_INIT, verificado el 30 de septiembre de 2024), en la que se modificó el título y contenido de la propuesta para eliminar la dualidad de régimen jurídico entre contratos de compraventa en línea y otras compraventas a distancia.

[33] Artículo 240 Asuntos pendientes "[…]Al comienzo de cada legislatura, la Conferencia de Presidentes se pronunciará sobre aquellas solicitudes motivadas de las comisiones parlamentarias y de las demás instituciones cuyo objeto sea reanudar o proseguir el examen de esos asuntos pendientes". Reglamento Interno del Parlamento Europeo, 9ª legislatura, julio de 2019. DOUE 30, de 22.11.2019, p. 1.

El plazo posible para un acuerdo de los colegisladores de la Unión, Consejo y Parlamento se cerraba en febrero de 2019, lo que aceleró el proceso y la necesidad de alcanzar consensos en los aspectos más complejos de cerrar, que en ese momento final de la negociación continuaban abiertos.

Uno de ellos era la delimitación del ámbito de aplicación respecto de la Propuesta de directiva de compraventa de bienes, y en particular si la DCD debería finalmente regular también los bienes con elementos digitales.

B) El informe del Comité Económico y Social Europeo

El primer informe sobre la propuesta lo emitió el Comité Económico y Social Europeo[34] (en adelante, el Informe CESE) el 27 de abril de 2016[35], sobre los trabajos elaborados internamente por la Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo, que había presentado su dictamen al Pleno del CESE el día 13 de abril de 2016.

En su informe conjunto sobre las dos iniciativas de la Comisión, el CESE expresó su apoyo a la necesidad de regular los contratos de suministro de contenidos digitales, si bien no tanto el de compraventa de bienes muebles en línea, al considerar que existían otras prioridades que debían abordarse con carácter previo, por constituir mayores obstáculos al desarrollo del comercio transfronterizo

[34] Cabe recordar que el artículo 13, apartado 4, TUE, asigna al CESE la función de asistir al Parlamento Europeo, Consejo y Comisión, ejerciendo funciones consultivas. Dicho Comité, integrado en la actualidad por 1/3 de representantes sindicales, 1/3 de representantes empresariales, industriales y comerciante y 1/3 de representantes de profesiones liberales, sociales y de la sociedad civil de la Unión, tiene como principal función asumir la representación de empresarios y trabajadores de la agricultura, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes el transporte, el comercio, profesiones liberales, PYMEs y demás sectores económicos y sociales (DÍEZ MORENO. 2009)

[35] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 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) 634 final — 2015/0287 (COD)] y la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes». Documento COM(2015) 635 final. DOUE C 264, de 20.7.2016. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015AE6292 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

–apdo. 1. 2 Informe CESE-. El informe fue bastante crítico con la propuesta de la Comisión en cuestiones procedimentales, pero también de fondo, como pasamos a exponer.

El CESE discrepaba de la base jurídica elegida por la Comisión para habilitar su competencia regulatoria en la materia, elección que había recaído cono se ha dicho en el artículo 114 TFUE, relativo a la consecución de los objetivos del mercado único. El Informe CESE propuso como base jurídica alternativa el artículo 169 TFUE (relativo a la protección de consumidores), poniéndose de manifiesto con ello el carácter transversal de la propuesta, y la posible diversidad de bases jurídicas que podían haberse invocado en la propuesta[36]. Finalmente, se mantuvo como base jurídica únicamente el artículo 114 TFUE inicialmente elegido por la Comisión.

La posibilidad de invocar diversos artículos de los tratados fundacionales como base jurídica de una propuesta normativa no es algo inhabitual en el Derecho de la Unión, y está aceptado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que en tales casos tiene establecido, a la hora de abordar la interpretación de la norma, que "la elección de la base jurídica de un acto de la Unión debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control judicial, entre los que figuran la finalidad y el contenido de dicho acto. Si el examen del acto en cuestión muestra que este persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro solo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que requiere el objetivo o el componente principal o preponderante"[37].

Asimismo, el CESE expresó una opinión distinta en cuanto al método de "armonización selectiva" elegido por la Comisión, entendiendo que hubiese sido preferible el de los contratos modelo certificados por la UE o, como alternativa, el régimen de armonización mínima previsto en el artículo 169 TFUE.

[36] La posibilidad de invocar diversos artículos de los tratados fundacionales como base jurídica de una propuesta normativa no es algo inhabitual en el Derecho de la Unión, y está aceptado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que en tales casos tiene establecido, a la hora de abordar la interpretación de la norma, que

[37] Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2020, *Polonia/Parlamento,*C-626/18, EU:C:2020:1000. Apdo. 43.

C) El informe del SEPD

Por su parte, el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) emitió su dictamen sobre la propuesta el 14 de marzo de 2017[38]. Dado que las cuestiones y críticas suscitadas sobre la propuesta se referían, lógicamente, a lo atinente al régimen de protección de datos de carácter personal, se comentará más adelante, al analizar la relación de la normativa DCSD con la regulación de Protección de datos y principalmente con el RGPD.

Tras emitirse por el SEPD el dictamen que sobre la propuesta le había sido solicitado, el Consejo adoptó su acuerdo de orientación general sobre la propuesta DCSD en junio de 2017.[39]

II.- LA DIRECTIVA (UE) 2019/770. CONTENIDO. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO

1. - Contenido de la DCSC

La DCSD regula, como ya se ha expuesto, determinados aspectos de los contratos celebrados con consumidores en los que, a cambio de una contraprestación, se obtiene el suministro de contenidos o servicios digitales.

[38] Dictamen 4/2017 del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 17 de marzo de 2017. Disponible en inglés, francés y alemán en: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/contracts-supply-digital-content_en . Un resumen del mismo en español fue publicado en el DOUE C 200, de 23 de junio de 2017, págs. 10-13.

[39] Council General approach of 1 June 2017 on Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First reading), disponible en: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9901-2017-ADD-1/en/pdf , hereinafter 'Council General Approach'

A) La DCSD y las legislaciones nacionales: delimitación

En cuanto a qué aspectos de dichos contratos se pretendían armonizar, el considerando 8 de la propuesta de la Comisión enumeraba los siguientes: conformidad de los contenidos digitales, las formas de saneamiento disponibles para los consumidores en caso de falta de conformidad de los contenidos, estableciendo algunas de las modalidades para posibilitar ese saneamiento. Asimismo, la regulación parcial de los derechos del consumidor a resolver los contratos de larga duración, y a modificar los contenidos digitales suministrados.

A sensu contrario, el considerando 10 de la propuesta inicial enunciaba los ámbitos de las legislaciones nacionales que no debían verse afectados por la DCSD, incluyendo el de las obligaciones del proveedor de contenidos digitales hacia los consumidores, las normas que regulasen la calificación, celebración y validez de los contratos, o las relativas a la legalidad de los contenidos.

Esta determinación de materias que, al no ser objeto de la regulación de la DCSD, debían seguir regulándose por las respectivas legislaciones nacionales de los EEMM es objeto del considerando 12 de la DCSD adoptado. En el mismo se establece expresamente que deben los siguientes aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales debe seguir rigiéndose por las normas de derecho nacional existentes: la validez, nulidad o efectos de los contratos o la legalidad de los contenidos digitales o de los servicios digitales.

Asimismo, la DCSD no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de los contratos que regula, y por tanto no determina si los contratos de contenidos y servicios digitales han de considerarse contratos de compraventa, de servicios, de alquiler o deben considerarse atípicos. Como veremos, esta opción del legislador UE de no conformar un tipo u otro de contrato, determinada quizá por un enfoque de neutralidad tecnológica (es decir, de intentar preservar la regulación de la DCSD ante la posible evolución de la tecnología que llevase, con el tiempo, a que la opción que se hubiese elegido acabase no encajando en la evolución que puedan experimentar dichos contenidos o servicios digitales) tiene como contrapartida el que, en la transposición de la DCSD, cada EM haya optado por encajar la regulación

en un tipo contractual ya contemplado en su legislación, o por incorporarla como una regulación específica de un contrato hasta entonces atípico, que desde ese momento cuenta con una regulación propia.

Otro aspecto que tampoco armoniza la DCSD y que, conforme al mismo considerando 12, debe seguir regulándose por las normas nacionales que pudiesen existir previamente, es lo relativo a la responsabilidad del empresario por vicios ocultos, así como al régimen de responsabilidad extracontractual que pueda resultar aplicable para resarcir al consumidor por los daños que le pueda generar la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales.

Se ha criticado por la doctrina (Schulze. 2020:106) la completa ausencia de regulación relativa al régimen de resarcimiento del consumidor, que se deja por completo a las legislaciones de los EEMM, y para la que la DCSD no ha previsto armonización alguna, tras eliminarse durante la negociación la única mención -bastante modesta-, que sobre la cuestión incluía el artículo 14 de la propuesta de la Comisión. En ella se establecía que, en caso de responsabilidad del proveedor por falta de consumidor, la indemnización por daños y perjuicios habría de poner al consumidor "en una posición lo más similar posible a aquella en que se encontraría si los contenidos digitales se hubiesen suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato". Se considera por el autor citado que ello es poco conciliable con el doble objetivo de la DCSD de establecer un alto nivel de protección del consumidor y asegurar un adecuado funcionamiento del mercado interior. Puede compartirse dicha apreciación, desde el momento en que sigue suponiendo una traba importante para el comerciante digital la dificultad de calcular, en transacciones transfronterizas, a cuanto pueden ascender sus obligaciones de reparación, si ha de atender, como es el caso, a regulaciones nacionales diversas sobre la cuestión.

El contenido preambular de la DCSD que delimita negativamente el objeto de la misma refleja en buena medida los aspectos que fueron debatidos en las instancias preparatorias (grupos de trabajo) del Consejo durante la negociación de la propuesta. Es propio de los usos negociadores en el seno de dichos grupos de trabajo del Consejo el que, ante dudas o dificultades suscitadas en el curso de una

negociación, se recurra para resolverlas y avanzar en la negociación a incluir menciones o *caveat* en los considerandos de la norma, con los que se tratan de tranquilizar las inquietudes suscitadas con la propuesta. Esta práctica no deja de tener un efecto limitado, dada la función de los considerandos de los actos jurídicos de la UE, de mero auxilio a la interpretación de la parte dispositiva y sin valor normativo propio[40] .

Esto se manifiesta de forma significativa en la DCSD, que presenta un elevado número de considerandos (87) en proporción al de artículos, lo que apunta a la complejidad del proceso negociador de la propuesta, en que se acudió recurrentemente a la solución antes comentada de alcanzar compromisos interpretativos en el preámbulo de la propuesta

Se ha resaltado por Schulze y Staudenmayer (2020:89) el esfuerzo reflejado en el texto final de la DCSD para establecer con claridad los aspectos o materias a que no afecta su regulación, y que en consecuencia quedan reservadas al ámbito de competencia del legislador.

Ejemplo de esto es, en primer lugar, el elevado número de considerandos de la DCSD dedicados a este deslinde de materias, bien de manera total (considerandos 12, 13, 14, 15, 16 o 40 DCSD) o parcial (caso de los considerandos 24 y 25, DCSD, en sus últimas frases).

Una segunda muestra de este esfuerzo por deslindar el objeto propio de la DCSD la encontramos en su artículo 3, apartado 10, que siguiendo el modelo del artículo 3, apartado 5 de la Directiva 2011/83/UE (si bien de forma más extensa), enumera una serie de materias en las que las reglas de la DCSD no se aplicarán: los

[40] "Es bien sabido que aunque los considerandos de los actos jurídicos de la Unión no tienen ningún valor jurídico independiente, (122) el Tribunal de Justicia recurre a ellos con frecuencia para interpretar disposiciones de un acto jurídico de la Unión, como también ha hecho ya en relación con la Directiva 2006/123. (123) En el ordenamiento jurídico de la Unión pueden ser de carácter tanto descriptivo como no descriptivo. En efecto, la cuestión relativa a su valor jurídico no suele plantearse por el mero hecho de que, en general, los considerandos se reflejan en las disposiciones de una directiva. De hecho, la buena práctica legislativa de las instituciones políticas de la Unión trata de lograr una situación en la que los considerandos ofrecen un marco fáctico para las disposiciones de un texto jurídico". Conclusiones del Abogado General M Szpunar, presentadas el 18 de mayo de 2017 en los asutnos acumulados C-360/15 y C-31/16, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort contra X BV*, ECLI:EU:C:2017:397, apdo. 132.

servicios no digitales (aunque se hayan utilizado por el empresario medios digitales para obtenerlos o entregarlos), las comunicaciones electrónicas, o contratos relativos a asistencia sanitaria o a servicios de juego y financieros. Quizá las exclusiones que presentan más interés para el trabajo sean las que se refieren a determinados tipos de contenidos o servicios digitales. Quedan así al margen de la regulación de la DCSD los contratos en que se ofrezcan programas informáticos por el empresario al consumidor bajo licencia gratuita o código abierto; también los contenidos digitales ofrecidos al público en general como parte de una actuación o evento, o aquel suministrado por organismos públicos de los EEMM[41].

Un tercer ejemplo de este pulso mantenido durante la negociación por los EEMM con la Comisión, a fin de contener el contenido regulatorio de la DCSD, es la no inclusión en el texto final el contenido del artículo 14 de la propuesta, relativo a la indemnización de daños y perjuicios, que la Comisión propuso inicialmente entre los ámbitos objeto de armonización (si bien con un ambición contenida, limita a asegurar que "la indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en que se encontraría si los contenidos digitales se hubiesen suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato"). Sin embargo, el texto final recoge en la citada ejemplificación de materias que el artículo 3, apartado 10, remite al legislador nacional, "las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios".

Quedan excluidos de su ámbito de aplicación el suministro de servicios distintos de los digitales –aun cuando se hayan utilizado medios digitales para obtener el producto o suministrarlo al adquirente-, los servicios de comunicaciones electrónicas, asistencia sanitaria, juegos de azar, los servicios financieros, el software ofrecido bajo código abierto o licencia gratuita sin contraprestación, el contenido digital suministrado por vías distintas a la transmisión de señales, y el

[41] En este punto, el artículo 3, aparado 5, la DCSD se refiere en su letra h) a la Directiva 2003/98/CE sobre reutilización de información del sector público, norma hoy derogada y sustituida por el texto refundido sobre la materia aprobado por la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (DOUE L 172 de 26 de junio de 2019).

ofrecido por organismos del sector público que mencionaremos más detenidamente al examinar el ámbito objetivo de aplicación.

El paralelismo que presentan estas exclusiones con las previamente establecidas en la Directiva 2011/83/UE viene a mantener una coherencia lógica entre ambas normas, si se considera que la DCSD no sería, respecto de aquella, sino una regulación especial para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

B) Materias armonizadas por la DCSD

En esencia el contenido sustantivo de la DCSD se integra por normas relativas al suministro propiamente dicho de los contenidos y servicios digitales (art. 5), sobre el régimen de conformidad de los mismos (arts. 6 a 15), las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato (arts. 16 a 18), el régimen de la modificación de los contenidos o servicios digitales (art. 19 Dir. 2019/770), y, finalmente, la regulación de un derecho de repetición del empresario contra otros intervinientes en la cadena de transacciones (art. 20).

Este contenido se completa por una disposición modificativa de los anexos del Reglamento (UE) 201/2394[42] y de la Directiva 2009/22/CE[43] (art. 23), que añade la DCSD entre las normas enumeradas en sus respectivos anexos como acervo UE en materia de protección de consumidores.

Asimismo, y como normas que integran habitualmente el contenido de toda directiva UE, la DCSD incluye una cláusula que fija el plazo máximo de incorporación

[42] Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº. 2006/2004. DOUE 345 de 27.12.2017.

[43] Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. DOUE L 110 de 1.5.2009, pp. 30/36. Esta Directiva ha quedado derogada con fecha 24.6.2023 por la Directiva (UE) 2020/1828 (DOUE L 409 de 04.12.2020), que regula también las acciones de representación de consumidores.

a los derechos nacionales (art. 24), y que integra en su apartado segundo una disposición de aplicación de sus disposiciones, a partir del 1 de enero de 2022, al suministro de contenidos o servicios digitales (con exclusión de sus artículos 19 –norma sobre modificación de contenidos- y 20 –derecho de repetición del empresario responsable frente al consumidor, contra otros intervinientes de la cadena de suministros que han dado lugar al suministro de los CSD). También comprende una norma imponiendo la revisión por la Comisión de la aplicación de la Directiva y la presentación de un informe (a más tardar el 12 de junio de 2024) al Parlamento Europeo y al Consejo, así como al Comité Económico y Social –plazo que se ha incumplido, sin que a la fecha de cerrar estas páginas se haya presentado dicho informe-. Una norma final estable la fecha de entrada en vigor (el 11 de junio de 2019, veinte días después de la publicación oficial de la norma el 22 de mayo anterior).

Por tanto, desde una perspectiva negativa, la DCSC no tipifica expresamente un nuevo tipo de contrato[44], ni establece un régimen jurídico completo para aquellos contratos que, con independencia de la tipificación y naturaleza atribuida en los derechos nacionales, se caractericen por ser una de las partes un consumidor y consistir su objeto en el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de una contraprestación. Se sigue con ello la reticencia del legislador europeo a la clasificación y ordenación de contratos, cuyas razones se apuntaban en el informe encargado por el Parlamento Europeo al profesor Schmidt-Kessel, con ocasión de la tramitación de la propuesta de Directiva 2011/83/CE[45].

[44] Fernández-Tresguerres (2021:272) señala que el carácter "tecnologícamente neutro" de la Directiva, a fin de no comprometer soluciones tecnológicas futuras, es también la razón por la que la norma no determinar el carácter de la relación contractual ni la denominación que a la misa se le conceda en cada Estado miembro.

[45] "Typology of contracts is one of the weakest points in European Union Private Law. The rather simple reasons for that weakness are, first, the thinking of European Union Law in the categories of the fundamental freedoms, which are geared towards administrative impediments to free trade and, second, the establishment of service as the general subsidiary category, which makes the binom "goods and services" a formula covering nearly the complete range of business activities in the internal market.17 The dichotomy of goods and services thereby forms a good and important part of the acquis communautaire. However, the simple categories of goods and services are not tailored to the needs of contractual risk distribution, nor do they meet the technical needs of a coherent system of contract law. For instance, a separate category of use (as in contracts for the lease of goods) does not exist in European Union law, though it is of utmost importance. To illustrate the consequences of this shortcoming under the Distance Selling Directive, reference can be made to the ECJ decision in easyCar v. Office of Fair Trading18, where the Court held car hire to be a transport service under the Distance selling Directive

La referencia constante en la DCSD, comenzando por su título, a "contenidos y servicios digitales" en buena medida se explica atendiendo a la cada vez más compleja distinción, en el comercio electrónico actual, entre producto y servicio, en un contexto de progresiva "desmaterialización" del producto (Perales Dominique. 2021:124). En muchos casos, más que productos, lo que el cliente contrata son "experiencias digitales"[46]. Este fenómeno de "desmaterialización" digital se encuentra muy presente en la DCSD, y explica en buena media las dificultades para delimitar su ámbito aplicativo respecto de la DCL.

El concepto de "producto digital" genera importantes retos a la regulación jurídica tradicional (Perales Dominique. 2021:117), y su delimitación por el legislador UE en la DCSD ha venido resolviéndose, en buena medida, vinculándolo a la existencia o no de un soporte físico. Hasta hace pocos años, esta idea de un soporte físico era consustancial a la existencia de un derecho de propiedad sobre un producto comercial. Por el contrario, hoy es absolutamente cotidiana la adquisición de productos por completo ajenos a cualquier soporte material, e incluso el medio de pago para su adquisición es también, en la mayoría de casos, meramente virtual.

Una última observación en cuanto al contenido de la DCS, en este examen preliminar del mismo, se refiere a la ausencia de un régimen específico de información contractual y precontractual al consumidor. Aunque existen, como se verá más adelante, numerosas referencias a la obligación de información del empresario hacia el consumidor en relación a las características o condiciones de entrega de los contenidos o servicios contratados, no existe una regulación específica sobre la materia.

Esto llama la atención en comparación con la Directiva 2011/83/UE, que dedica dos amplios artículos (5 y 6) a las obligaciones de información que incumben

97/7/EC19, referring to the consequences of the directive but not to other aspects of contractual risk distribution". Parlamento Europeo, Schmidt-Kessel, M. (2011:9)

[46] "Un producto o servicio digital es una secuencia de bits (ceros y unos) que tiene valor económico, es por tanto una información codificada digitalmente y susceptible de una transacción económica. Bajo esta definición evidentemente se engloba el software, pero también actualmente la mayor parte del mercado mundial de música, noticias, entretenimiento audiovisual o publicidad por nombrar solo algunos. En todos estos casos la información está perdiendo su suporte físico, mejor dicho, el suporte se está convirtiendo en irrelevante […] Se ha pasado de mercados definidos físicamente a mercados basados en *marketplaces* donde ni la ubicación física ni el horario son limitaciones para operar". Perales Dominique (2021:116).

al comerciante tanto en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil, como a lo de naturaleza distinta a estos. Siendo la de la información que debe facilitarse al contratante un elemento habitual y de importancia destacada en las normas de protección de consumidores (Schulze. 2006:36-38)[47], es significativa su ausencia en el caso de la DCSD. Staudenmayer (2020:64) apunta (y a ello nos volveremos a referir al abordar el ámbito subjetivo de la DCSD), a que la ausencia de este tipo de normas en la DCSD se puede explicar porque en ella el desequilibrio entre empresario y consumidor, inherente a los contratos de consumo, se ha abordado mediante el otorgamiento al consumidor de una serie de derechos contractuales para reaccionar frente a los posibles incumplimientos del empresario suministrador de los contenidos o servicios digitales.

2. - Ámbito objetivo

A) Contrato

El ámbito de aplicación de la DCSD queda fundamentalmente establecido en su artículo 3, cuyo apartado primero lo delimita a los contratos que presenten un elemento subjetivo (cualificación de las partes, que han de ser un empresario, por una parte, y un consumidor por otra), al que nos referiremos posteriormente, y dos elementos objetivos:

[47] En el contexto de los trabajos preparatorios del Marco común de referencia para el Derecho contractual europeo, Schulze (2006:36) afirmaba la importancia de las obligaciones precontractuales, y particularmente los de información, en el Derecho contractual europeo, señalando como los deberes de información contractual se habían desarrollado y se sitúan principalmente en el ámbito de los Derechos de consumo, como uno de los elementos principales dirigidos a compensar el desequilibrio estructural entre el consumidor y el empresario, afirmando: "[a]l Derecho de consumo le es inherente el conflicto de intereses entre consumidores y empresarios y, por eso, la problemática sobre su regulación no se limita a meras cuestiones de ordenación sistemática, sino que más bien afecta a cuestiones de política jurídica. Así, por poner un ejemplo especialmente relevante: los deberes de información regulados en las directivas que se ocupan de determinados contratos con consumidores (distancia, fuera de establecimientos comerciales, garantía ventas de consumo), combinados con las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, podría dar lugar a una propuesta que consistiera en la regulación de un deber general de información para todos los contratos con consumidores".

-que el contrato tenga por objeto el suministro de contenidos o servicios digitales

-que el contrato, que ha de ser de carácter sinalagmático, contemple una contraprestación onerosa a cambio del señalado suministro, bien sea un precio o, como importante novedad, que la contraprestación asumida por el consumidor consista en facilitar (o comprometerse a facilitar) al empresario sus datos personales.

Conforme al primero de estos elementos objetivos, el ámbito aplicativo de la DCSD exige que se esté en presencia de un contrato, y que el mismo tenga por objeto el suministro de contenidos o servicios digitales.

La propuesta inicial de la Comisión contenía una definición de "contrato" en su artículo 2, apartado 7, en los siguientes términos: "acuerdo que genera obligaciones u otros efectos jurídicos". Esta definición no se mantuvo en el texto final de la DCSD, que por tanto de una definición de lo que debe entenderse por contrato. Esta supresión, acaecida en el proceso de negociación, puede verse como una manifestación de la tendencia general de los EEMM a minimizar el impacto de la DCSD sobre el Derecho de contratos (Staudenmayer. 2020:66), que ha quedado reflejada como se ha dicho en el considerando 12 de la norma.

En relación con la configuración del contrato en la DCSD, Paredes Pérez (2021:6)[48] subraya la importancia que tendrá la delimitación de lo que se entienda por contrato, a los efectos de determinar la competencia judicial internacional conforme al artículo 7, apartado 1, del Reglamento Bruselas I bis. Particularmente, en ciertos casos, como mera recogida de metadatos (sobre el dispositivo del

[48] "En el marco del presente estudio, la definición de obligación contractual, en el sentido del art. 7.1 del RBI bis, es decisiva a los efectos de valorar si la propuesta del proveedor constituye una oferta comercial o no en las situaciones excluidas de la DCSD, como, por ejemplo, cuando el suministrador únicamente recoge metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación o el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. Asimismo, la aplicación del art. 7.1 del RBI bis plantea dificultades interpretativas tanto en relación con la calificación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales dentro de las modalidades contractuales contenidas en las reglas especiales de la letra b) de la citada disposición, en especial cuando el consumidor, en lugar de un precio, facilita datos personales para el acceso a los contenidos o servicios digitales, como en relación con la identificación del lugar de cumplimiento de la prestación principal cuando los contenidos digitales se suministran en línea". Paredes Pérez (2021:6)

consumidor o su historial de navegación) por parte del proveedor. Igualmente, el encaje en el concepto de contrato de dicho artículo 7 del Reglamento Bruselas I bis de la modalidad prestacional establecida en la DCSD consistente en la transmisión de datos personales por el consumidor.

Como ya se ha señalado al aludir al contenido de la DCSD, queda a la legislación de los EEMM determinar la tipología concreta del contrato que se atribuirá por el legislador nacional a los que tengan el objeto previsto en la DCSD, así como los requisitos aplicables para entenderlo válidamente celebrado.

Debe recordarse, en cuento a lo primero, que se consideran contratos típicos aquellos para los que las leyes establecen una regulación sustancial, no bastando para considerarlos tales una o varias menciones incidentales en la ley. Los contratos que carecen de dicha regulación sustantiva propia serán los atípicos, que se rigen por las normas generales de los contratos, así como por la normativa de los contratos parecidos o, de la misma o análoga naturaleza jurídica (Bercovitz Rodríguez-Cano. 2020:119). Otra diferenciación señalada por el mismo autor es la existente entre contratos nominados e innominados (los contratos típicos son nominados, pero no todos los atípicos son innominados, por cuanto pueden estar identificados nominalmente en la legislación), cuestión de menos interés a los efectos considerados.

Cuestión distinta será también la regulación de determinadas modalidades concurrentes en la formación de los contratos que tienen por objeto bienes inmateriales, como los programas de *software.* En ocasiones presentan tipologías en cuanto a su celebración o perfeccionamiento que, encajando en el ámbito de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, deberán también asentarse por la regulación nacional. Staudenmayer (2020:120) llama en particular la atención en este punto sobre los acuerdos denominados Esto será especialmente necesario (Staudenmayer. 2020:120) para ciertas modalidades de adquisición de contenidos o servicios digitales, como los denominados acuerdos *clickwrap*[49]

[49] Click-wrap agreements are a method of including terms and conditions in an online contract, i.e., formed on the internet. This type of agreement differs from a shrink-wrap agreement, as in the case of a click-wrap agreement, the user assents to a list of terms by clicking an onscreen button marked, for

(pulsar y comprar), *browsewrap*[50] (navegar y comprar) *o shrinkwrap*[51] (acuerdos de licencia que se encuentran integrados en un paquete de *software* y no son, en consecuencia, visibles desde el envoltorio que lo contiene), respecto de los que habrá de determinarse si se consideran verdaderos contratos a los efectos de la DCSD.

B) Contenidos o servicios digitales

En cuanto a lo que debe entenderse por "contenidos o servicios digitales" en la DCSD, hay que acudir a las dos primeras definiciones contenidas en el artículo 2. La propuesta de la Comisión incluía una única definición de "contenido digital", que se dividía en tres posibles modalidades[52].

En el estudio encargado por el Comisión JURI del Parlamento Europeo a la profesora Mak sobre la propuesta de DCSD presentada por la Comisión se realiza un análisis detallado del ámbito de aplicación de la misma precisamente en lo relativo al concepto de "contenido digital". Se subrayaba la justificación dada por la Comisión Europea para apartarse de la definición de "contenido digital" que ya contenía la Directiva 2011/83/UE, por la necesidad de asegurar su vigencia frente a futuras evoluciones tecnológicas, si bien expresaba algunas dudas en cuanto a la

example "Agree", "I accept", "I consent" or similar. A click-wrap agreement has the advantage of allowing the user to read the specified term(s) before consenting". Matrov et alii (2022:336).

[50] "Browse-wrap agreements are used by many websites and consider that the act of browsing the website constitutes acceptance of their terms. These terms and conditions, placed somewhere on the website, are accessible through a hyperlink and will regulate the relationship between the parties despite consumers likely never having seen them. Browse-wrap agreement is by nature a questionable form of agreement and has been critically viewed by the courts, including those established in third countries". Matrov *et alii* (2022:336).

[51] "Shrink-wrap agreements derive their name from the clear plastic wrapping that encloses goods (such as software packages), typically including a notice saying that by opening the wrapping, the purchaser agrees to the terms and conditions enclosed. Shrink wrap agreements are most common in the market of goods (including goods with digital elements) but may also occur when purchasing digital content". Matrov *et alii* (2022:335).

[52] "a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo video, audio aplicación, juegos digitales y otro tipo de software; b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los daos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor, y c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio".

delimitación pretendida, en particular sobre la inclusión en la misma del "Internet de las cosas" (IoT). Otras dudas manifestadas en el informe se referían a la limitación de la aplicación de la norma a los casos de contenidos suministrados activamente por consumidores, y a la relación que la definición planteaba entre el Derecho de contratos y la protección de datos, precisamente en los supuestos de revocación del consentimiento al tratamiento de los datos. Se concluía señalando la necesidad de incluir normas más específicas, dada la extraordinaria variedad que presentan los contenidos digitales que se pretendían abordar con la propuesta, apuntando a que ese carácter tan general de las definiciones que se proponía podía constituir precisamente un obstáculo para la vigencia de la propuesta ante la futura evolución dela tecnología[53].

El texto finalmente aprobado de la DCSD distingue una definición de "contenido digital" (los datos producidos y suministrados en formato digital), y otra de "servicio digital" (que incluye, en dos incisos, tanto los servicios que permitan al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, como los servicios que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios del servicios, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos"). Esta modificación no introduce ninguna diferenciación sensible, y se ha considerado que permite clarificar el alcance del ámbito aplicativo. Permite asimismo mantener la consistencia con la Directiva 2011/83/UE (Staudenmayer. 2020:68). En definitiva, como se explicaba en el considerando 11 de la propuesta, la intención original de la Comisión era fijar una definición más amplia que la de la citada Directiva 2011/83/UE, para asegurar la vigencia de la definición a futuro[54].

[53] "Finally, although a broad definition of digital content can indeed have the advantage that the Directive can cater for new technologies that are currently unknown, it also poses challenges for the drafting of specific rules laid down in the Directive. As will be discussed further on in this briefing paper, the variety of digital content products and services makes that general rules sometimes need to be broken down into more specific rules in order to provide solutions for particular types of contracts. The remedy of termination, for example, applies very differently to digital content delivered on a tangible medium, streaming services, or services in which the consumer has provided personal data to the supplier. Specific rules may therefore be required to tailor to each of these situations, resulting in a complex, and possibly fragmented list of consequences of termination of contract. Also, these rules might need to be updated to cover new situations and can therefore not be future-proof" Parlamento Europeo. Mak. V. (2016:7)

[54] "[…] Con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y mantener la naturaleza «a prueba de futuro» del concepto de los contenidos digitales, este concepto tal y como se utiliza en la presente Directiva debe ser más amplio que en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.[…]". Considerando 11 de la propuesta de DCSD

Señalan Barceló Compte y Rubio Gimeno (2022:5) que con este enfoque el legislador de la Unión ha superado la tradicional distinción entre bienes y servicios, y ha creado una categoría *ad hoc* novedosa de contenidos y servicios digitales, a los que se asimilan, como veremos seguidamente, los bienes que tienen una función exclusiva de ser portadores de tales bienes.

En efecto, el concepto de "contenido digital" se ha tomado del artículo 2, número 11, de la Directiva 2011/83/UE, y tiene igualmente precedentes en el Reglamento CESL (artículo 2, letra j). El considerando 19 de la DCSD ofrece una serie de ejemplos de qué debe entenderse por contenidos y servicios digitales, y confirma la intención del legislador de incluir una definición suficientemente amplia que pueda perdurar en un marco tecnológico tan cambiante. Son, en ambos casos, definiciones muy genéricas, que permiten abarcar una enorme amplitud de supuestos, de acuerdo con la finalidad de regular de manera omnicomprensiva la realidad del suministro digital, y con independencia, insiste el considerando 19 de la DCSD, "del soporte utilizado para la transmisión" de tales contenidos o servicios o para dar acceso a ellos (excluyendo, en todo caso, los servicios de acceso a Internet).

Esta amplia concepción de las definiciones también tiene por objetivo, según Staudenmayer (2020:68) evitar desventajas competitivas a algunos negocios en función de cómo diseñen o nombren a sus productos, en un determinado ámbito comercial. También debe considerarse que responde a una realidad actual en la que, como hemos señalado anteriormente, cada vez se difumina más la diferencia entre contenido, bien y servicio digital, y donde la propiedad de lo digital pierde cada día más, lo hemos dicho, su tradicional vinculación con un soporte material (que se sitúa más en un tradicional esquema de contrato de compraventa de bienes), y gana terreno un esquema de acceso en línea o remoto a los contenidos (más próximo al terreno de los contratos de servicio). Por otra parte, Sánchez Lería (2021:44) señala que la regulación unificada de los requisitos de conformidad y medios de reparación en los contratos de ambos tipos, suministro de contenidos y de servicios, garantiza condiciones equitativas entre los proveedores de ambas categorías de suministro.

Pero el ámbito de aplicación se extiende también, de manera expresa, a los contenidos digitales incorporados en un soporte físico de cualquier tipo que sea el mismo (artículo 3, apartado 3). Quedan no obstante excluidas, en caso de que el objeto del contrato sean tales contenidos digitales incorporados a un soporte físico, la aplicación de las disposiciones de la DCSD sobre la obligación de suministro del empresario (artículo 5 DCSD) y sobre las medias correctoras a que tiene derecho el consumidor (artículo 13 DCSD), ámbitos en los que resultaran aplicables las previsiones de la Directiva 2011/83/UE (considerando 20 DCSD). Con dichas salvedades, esta previsión cierra el círculo que asegura la aplicación de la DCSD a todos los supuestos en que el objeto del contrato sea el suministro de contenidos y servicios digitales, y sea cual sea la modalidad por la que se obtienen los mismos (descarga, visionado en línea o *streaming*, acceso a contenido conservado en la nube, o transmisión del soporte físico al que se hayan incorporados, entre otros posibles que puedan existir ahora o en un futuro).

Esta previsión plantea la cuestión de qué debe entenderse por soporte "que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales". Dicho término habrá de concretarse en cada supuesto particular, a la vista de las características y funcionalidades concurrentes. El considerando 20 DCSD menciona varios ejemplos de tales soportes físicos: CD, DVD, memoria USB y tarjeta de memoria. En un ejemplo de la necesidad de considerar, en cada caso, cual sea la concreta funcionalidad del soporte físico considerado, se apunta que normalmente en los casos de CD o DVD´s que incorporen contenidos musicales o cinematográficos, será más clara su funcionalidad de medio soporte, que no lo será tanto en el caso de tarjetas de memoria, discos duros o memorias USB, que puedan ser reutilizadas por el consumidor con fines distintos al contenido originalmente suministrado (Staudenmayer. 2020:75).

La determinación del ámbito de aplicación se culmina por el artículo 3 DCSD, apartado 4, que excluye del mismo los contenidos y servicios digitales incorporados o interconectados a bienes. En este punto hay que remitirse a la definición contenida en el artículo 2 DCSD, en su número 3, de bienes con elementos digitales que engloba "todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios, o que esté interconectado con ellos de forma que la ausencia de tales contenidos o servicios

impediría que los bienes realizasen sus funciones". Esta exclusión se aplica cuando el objeto del contrato sea la compraventa de los bienes que incorporan aquellos contenidos o servicios, o sean estos suministrados por el propio vendedor o por un tercero. Ello permite una delimitación negativa del ámbito aplicativo de la DCSL, que se aplicará en los restantes supuestos en que se contrate, de manera independiente, el suministro de contenidos y servicios digitales, siendo en este sentido relevante la aclaración que proporciona el considerando 22 DCSD[55].

Estos casos son remitidos a la regulación de la DCL, y constituyen el gozne que delimita el alcance de la aplicación de ambas directivas, DCSD y DCL. Staudenmayer (2020:75) apunta al rápido crecimiento de la oferta de productos disponibles en forma de contenidos y servicios digitales, unido al desarrollo del Internet de las cosas (IoT) y de los conocidos como bienes "inteligentes" (domótica, automoción, etc.). Esto ha disparado la compraventa de estos bienes que incorporan contenidos o servicios digitales, señalando también a aquellos productos que incorporan la Inteligencia artificial. Ello hacía imperativo incluir su regulación en el marco de las dos directivas consideradas.

El mismo autor menciona como este punto fue también objeto de posiciones contrapuestas en la negociación de la DCSD, en este caso entre el Parlamento Europeo, que utilizó la más amplia noción de "contenido digital integrado", defendiendo una dualidad regulatoria (aplicación de la DCL al bien y la DCSD al contenido integrado). Pero en su acuerdo de orientación general, el Consejo optó por la aplicación de la DCL tanto al continente como al contenido, proponiéndose entre tanto por la Comisión ese nuevo concepto de contenidos o servicios digitales "incorporados a los bienes o interconectados con ellos", que se incluyó en la DCSD y se aceptó finalmente por ambos colegisladores, permitiendo así alcanzar un punto de consenso sobre la cuestión (Staudenmayer. 2020:75)

[55] "Por el contrario, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaran sus funciones o si el consumidor celebra un contrato para el suministro de contenidos o servicios digitales que no forma parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, ese contrato debe considerarse independiente del contrato de compraventa de los bienes, aunque el vendedor actúe como intermediario de ese segundo contrato con el suministrador tercero, y podría entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva […]". Considerando 22 DCSD.

Determinar los casos en que concurran los requisitos que determinan esta exclusión (es decir, de bienes que incorporen contenidos o servicios digitales, por un lado, y por otro que su transmisión al consumidor se efectúe en el marco de un contrato de compraventa de tales bienes, cuyas condiciones se apliquen tanto al bien como al contenido o servicio) no será en muchos casos una tarea sencilla. Ello puede determinarse expresamente en el contrato de compraventa del bien, o podrá deducirse de las condiciones pactadas en el mismo (a tal efecto, el considerando 21 *in fine* DCSD ofrece algún ejemplo de cuándo puede alcanzarse a esa deducción[56]).

En cualquier caso, la posibilidad de que se plantearán dudas prácticas en la determinación del régimen jurídico aplicable a los contenidos o servicios digitales transmitidos es lo que llevó a incluir en este apartado 4 una presunción, para los casos en subsistiesen dudas al respecto, en favor de aplicar la regulación contenida en la DCL (presunción que contiene también el artículo 3, apartado 3, DCL).

Sobre la delimitación de lo que sean contenidos digitales, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse, de forma muy casuística. Así por ejemplo, en la sentencia dictada en el asunto *EU y PE Digital GmbH* (C-641/19)[57], cuestión prejudicial alemana, se preguntó expresamente al Tribunal sobre la interpretación del artículo 2, punto 1 de la DCSD, y también sobre el artículo 2, punto 11, de la Directiva 2011/83/CE, si podían considerarse "contenidos digitales" los ficheros suministrados como prestación parcial en el marco de un servicio global prestado principalmente como "servicio digital" del artículo 2, punto 2, de la DCSD. La cuestión se plantaba debido a que, si una de las prestaciones del contrato se consideraba que tenía por objeto el suministro de contenido digital no prestado en soporte material, el consumidor no podía ejercitar el derecho de desistimientos de

[56] "Debe comprender asimismo aquellos contratos de compraventa que puedan interpretarse de modo que comprendan el suministro de contenidos o servicios digitales específicos porque estos normalmente están incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede razonablemente esperar que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor o por su cuenta, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor. Si, por ejemplo, la publicidad de un televisor inteligente indicase que incluye una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formaría parte del contrato de compraventa. Lo anterior debe aplicarse con independencia de que el contenido o servicio digital esté preinstalado en el propio bien o tenga que descargarse posteriormente en otro dispositivo y tan solo esté interconectado con el bien". Considerando 21 DCSD-

[57] Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020, EU y PE Digital GmbH, C-641/19, ECLI:EU:C:2020:808.

acuerdo con lo establecido en el artículo 16, letra m), de la Directiva 2011/83/CE[58] El Tribunal, a la vista del artículo 2, punto 11 de esta Directiva, así como su considerando 19, considera que no puede considerarse "contenido digital" en el sentido de tales preceptos "un servicio como el prestado por el sitio de Internet dedicado a la búsqueda de pareja de que se trata en el litigio principal, que permite al consumidor crear, procesar o almacenar datos en formato digital, o acceder a ellos, y que permite compartir o inter actuar de cualquier otro modo con datos en formato digital cargados o creados por el consumidor o por otros usuarios de ese servicio" (apdo. 44). Lamentablemente, el pronunciamiento no abunda en el razonamiento, más allá de atenerse a la literalidad del precepto interpretado. Esta es, por el momento, el único pronunciamiento judicial en que se menciona la DCSD, aun cuando la interpretación que se ofrece en el mismo atiende a la definición de la Directiva 2011/83/CE.

A) Contraprestación

Respecto del segundo de los elementos definitorios del ámbito objetivo de la DCSD, la contraprestación a cambio del suministro contratado, esta puede consistir según el mismo artículo 3 DCSD, apartado 1, tanto en el pago efectivo de un precio, como en el compromiso a pagarlo más adelante (de modo simétrico a la obligación de entrega de los contenidos o servicios digitales, que puede ser actual o futura, si lo que recoge el contrato es el compromiso del empresario a suministrarlos al consumidor)[59].

[58] Artículo 16 de la Directiva 2011/83/CE, "Excepciones al derecho de desistimiento": "Los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran a: […] m) el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento".

[59] Hay que recordar que la jurisprudencia del TJUE ya había avanzado, con ocasión de la interpretación del artículo 2 a) de la Directiva 2000/31/CE, la posibilidad de retribución no exclusivamente pecuniaria de los servicios digitales, estableciendo al respecto en su sentencia de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209, apdos. 28 a 30, que la remuneración de los servicios de la sociedad de la información en relación con esa Directiva debía entenderse que incluyen los "no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones

Esta flexibilidad en cuanto al cumplimiento de las respectivas prestaciones ha de considerarse que obedece a los hoy tan frecuentes contratos de acceso a contenidos en línea en plataformas televisivas, musicales, etc., en los que el acceso a los contenidos o servicios se extiende en el tiempo y se hace efectiva a voluntad del propio consumidor, que se obliga a un pago por uso o bien al pago de una cuota periódica para asegurarse el acceso a los contenidos o servicios, en una modalidad contractual cuyos efectos se extienden en el tiempo, muchas veces de manera indeterminada[60].

Sobre al pago del precio, no se distingue entre supuestos de pago único o de manera periódica y extendida en el tiempo. Sí es preciso mencionar la definición de precio contenida en el artículo 2 DCSD, nº. 7, que distingue según el mismo sea en dinero o "en una representación digital de valor". Esta distinción abre la posibilidad a que el pago se verifique en modalidades digitales que pueden ser muy diferentes, como las que menciona el considerando 23 DCSD al mencionar los "vales o cupones electrónicos", que se consideran de cada vez mayor uso como medio de pago en el MUD.

También pueden considerarse incluidas las "monedas virtuales" como las crypto-monedas, en cuanto las mismas estén admitidas –continúa el citado considerando- por la legislación nacional. Se advierte no obstante de que dichas monedas o signos de valor digitales no se consideran en sí mismas contenidos o servicios digitales en el sentido de la DCSD, en cuanto su finalidad no sea otra que servir como medio de pago (quedando, por tanto, excluidos de su ámbito de aplicación). Se trata de una aclaración importante que podría haberse recogido, en nuestra opinión, en el articulado de la norma y no exclusivamente en su preámbulo. Este considerando 23 DCSD refleja nuevamente el resultado de un compromiso en la negociación, para poner fin a las discusiones mantenidas en las instancias

comerciales", considerando por tanto incluidos "los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de Internet".

[60] "This distinction [actual supply of digital content cases or a digital service from an undertaking to supply it] was made to cover cases where the digital content on digital service would be supplied later than at the time of where the digital content or digital service would be supplied over a period of time, and that supply had not yet begun. The Council applied the same distinction for the payment of the price or the provision of personal data. The latter is in practice specially common, for instance with respect of data provided during de use of social media". Staudenmayer (2020:67).

preparatorias del Consejo entre la delegaciones partidarias de reconocer la realidad innegable de la creciente importancia de las divisas virtuales, y aquellos otros EEMM que más escépticos sobre la inclusión de las crypto-monedas en el ámbito de aplicación de la Directiva, sentando así un precedente que pudiese abrir la puerta a su reconocimiento por el Derecho de la UE (Staudenmayer. 2020:67).

En relación con el pago ya hemos mencionado la modalidad contemplada en el segundo párrafo del artículo 3 DCSD, apartado 1, que incluye en el ámbito de la directiva la contraprestación consistente en que el consumidor suministre o se comprometa a suministrar datos personales al empresario, que será tratado particularmente más adelante, Baste ahora, por ser elemento definitorio del ámbito de aplicación, subrayar la exclusión de aquellos supuestos en que los datos personales que facilite o se comprometa a suministrar el consumidor se trata en por el empresario con el exclusivo propósito de suministrar los contenidos o servicios contratados, o sean necesarios para que este cumpla los requisitos legales que se le impongan par el cumplimiento de sus obligaciones (contractuales, cabe entender). Como explica el considerando 25 DCSD, estos supuestos pueden concurrir, por ejemplo, cuando sea necesario el registro del consumidor para acceder al suministro o servicio por razones de seguridad "e identificación", supuesto este último que podemos entender referido a los casos en que el conocimiento de la edad del consumidor sea necesario por razones de protección de menores.

D) Prestaciones de acuerdo con las especificaciones del consumidor

Otro elemento para la delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la DCSD es su artículo 3, apartado segundo, que extiende su aplicación al supuesto en que el contrato afecte a contenidos o servicios digitales que deben desarrollarse, a raíz de su contratación, de acuerdo con las especificaciones del consumidor. Este supuesto ha de considerarse también habitual en el ámbito digital, por ejemplo en el caso de aplicaciones de *software* desarrolladas para atender necesidades específicas del adquirente. Aun cuando pueda considerarse habitual, a nuestro juicio

serán menos frecuentes los casos en que dicho desarrollo a medida del contenido o servicio digital, se realice a instancia de un consumidor individual.

Además del desarrollo de *software* personalizado, otro ejemplo que se cita en el considerando 26 DCSD como justificativo de este precepto es el suministro de archivos electrónicos requeridos en el contexto de la impresión 3D de objetos, lo que remite a otra novedosa realidad que también experimenta una fuerte expansión, la citada impresión 3D, que a partir de información digital esencialmente incorporal, permite la fabricación o "impresión" de un bien corporal[61]. Se trata en efecto de una técnica que comienza a desarrollarse en la década de 1980, fundamentalmente con fines industriales, pero donde el desarrollo de máquinas de impresión 3D de bajo costo y suficiente calidad, ha permitido su expansión al ámbito doméstico. En esencia, el proceso de impresión 3D puede tener su origen bien en un archivo digital en el que el objeto que se desea imprimir está formateado digitalmente utilizando un programa informático de impresión en 3D, o bien realizarse mediante un escáner tridimensional (Malati, Rostalma. 2017). Es el primer supuesto el que, como se señala expresamente, ha justificado la inclusión de estos supuestos en el preámbulo de la DCSD.

Esta previsión, que se ha incluido tanto en la DCSD como en la DCL (en ambos textos en el artículo 3, apartado 2), se toma del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/44/CE, si bien en su redacción que en aquel caso se limita a mencionar bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse (que es la redacción incluida en la DCL), sin incluir la mención al seguimiento de las especificaciones del consumidor que sí se incluye en la DCSD.

[61] "[…]La presente Directiva también debe aplicarse al suministro de archivos electrónicos requeridos en el contexto de la impresión 3D de bienes, en la medida en que dichos archivos correspondan a la definición de contenidos o servicios digitales en el sentido de la presente Directiva". Considerando 26 DCSD.

E) Exclusiones sectoriales del ámbito de aplicación

Finalmente, el artículo 3 DCSD, apartado 5, recoge las exclusiones sectoriales de su ámbito de aplicación objetivo. Estas exclusiones incluyen el suministro de servicios distintos de los digitales –aun cuando se hayan utilizado medios digitales para obtener el producto o suministrarlo al adquirente-, los servicios de comunicaciones electrónicas, asistencia sanitaria, juegos de azar, los servicios financieros, el software ofrecido bajo código abierto o licencia gratuita sin contraprestación, el contenido digital suministrado por vías distintas a la transmisión de señales, y el ofrecido por organismos del sector público.

Estas exclusiones coinciden esencialmente con las previamente recogidas en la Directiva 2011/83/UE[62] sobre derechos de los consumidores, manteniendo la coherencia que resulta lógica si se considera que la nueva Directiva 2019/770 no sería sino una regulación especial respecto de aquella en para los contratos digitales a distancia.

En la mayor parte de casos, la razón de la exclusión parecen obedecer a que las especificidades particulares requeridas por algunos de estos sectores en la regulación de su dimensión comercial digital, bien por su especial sensibilidad (asistencia sanitaria o servicios financieros), trascendencia tributaria (servicios de juego y azar), complejidad técnica (servicios de comunicaciones electrónicas, que presenta también el carácter estratégico), vinculación a la actuación de los poderes públicos (contenido digital proporcionado por organismos del sector público o vinculado a servicios públicos, incluyendo los servicios notariales y registrales, hoy en pleno proceso de digitalización)[63].

[62] 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 (LCEur 2011\1901).
[63] Considerando 27 DCSD.

La exclusión de la asistencia sanitaria, según explica el considerando 29 DCSD, alcanza a todo producto o servicio sanitario prescrito o suministrado por un profesional sanitario en los términos de la Directiva 2011/24/UE[64]

En el caso de las comunicaciones electrónicas (y pueden entenderse que en de los servicios de juego y azar), la exclusión sería una manifestación del enfoque general de no interferir en áreas reguladas por legislación de sectores específicos (Staudenmayer. 2020:80)

En otros supuestos, la causa de la exclusión obedece al carácter personal de las prestaciones, como ocurre con los servicios profesionales (traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico u otros de asesoramiento profesional), y ello aunque el empresario que los preste haya utilizado, bien para obtener el producto, bien para transmitirlo al consumidor, medios digitales, según se explica en el considerando 27 DCSD.

En relación con los servicios de comunicaciones electrónicas, el concepto debe establecerse por remisión al artículo 2, número 4, de la Directiva (UE) 2018/1972 (Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas)[65]. No obstante, es preciso tener en cuenta que el considerando 28 DCSD señala que sí resultará aplicable dicha directiva a los "servicios de comunicación interpersonales independientes de la numeración", esto es, los que no conectan con recursos de numeración de asignación pública. Esta precisión lleva a considerar que sí deben

[64] Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. DOUE L L 88 de 4.4.2011, p. 45/65. Su artículo 3, apartado a), define la asistencia sanitaria como "los 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".

[65] «Servicio de comunicaciones electrónicas»: el prestado por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, que incluye, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos, los siguientes tipos de servicios: a) el «servicio de acceso a internet», entendido según la definición del punto 2) del párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento (UE) 2015/2120; b) el «servicio de comunicaciones interpersonales», y c) servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión". Artículo 2. 4) de 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. DOUE L 321 de 17.12.2018, p. 36/214.

entenderse incluidos en el ámbito aplicativo de la DCSD los servicios de correo electrónico y de mensajería en línea.

3. - Ámbito subjetivo

Abordando ya el ámbito subjetivo de aplicación de la DCSD, dos son los elementos que conforme a su artículo 3, apartado 1, lo determinan en un contrato: que sean partes del mismo un empresario, por un lado, y un consumidor por otro. Se acoge así el enfoque típico de las directivas de consumo en el Derecho de la UE, que vienen a excluir los contratos entre profesionales, así como los celebrados entre particulares. Ambos conceptos se encuentran definidos en el artículo 2 y a ellos se hará referencia seguidamente, al ser los elementos fundamentales para delimitar el ámbito subjetivo de la DCSD.

A) Concepto de empresario

El empresario se define en el número 5 del artículo 2 DCSD, 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".

La definición es la misma que la que recoge el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE (si bien en aquel caso referida a "comerciante", en lugar de empresario, en su traducción al español). Este cambio en el término utilizado afecta únicamente a la versión española de ambas directivas, puesto que en la versión en inglés el término utilizado en ambas es el mismo: *trader.* No parece sin embargo que tenga excesiva trascendencia, más allá de considerar el término empresario quizá más amplio y más actual que el de comerciante.

Al respecto cabe recordar cómo la intervención de un comerciante solía venía exigida por el CCom, al iniciar la regulación de cada tipo contractual, como elemento determinante de su carácter mercantil, que venía determinado fundamentalmente por criterios de carácter subjetivo (Piloñeta Alonso. 2020:45), si bien en la actualidad, advierte el mismo autor, la regulación dual civil y mercantil de los contratos hace tiempo ha perdido su sentido "porque el grueso de las prestaciones se contrata en el mercado con profesionales de la actividad que se trate. Si consideramos la realidad del tráfico, la verdadera separación es la que se establece entre los contratos aislados que los particulares celebran entre ellos (*inter privatos*) y la actividad contractual desarrollada por empresarios y profesionales en el mercado".

En todo caso, y en relación con la cuestión, debe recordarse que el Tribunal de Justicia tiene establecido[66] que el concepto de "comerciante" (y por ende, también el de "empresario, añadimos nosotros), en referencia a las definiciones contenidas en las directivas 2011/83 y 2005/29, debe ser interpretado de manera homogénea "ya que estas Directivas se basan en el artículo 114 TFUE y, en este sentido, persiguen los mismos objetivos, a saber, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores en el marco legal, reglamentario y administrativo que cubren". El mismo criterio entendemos debe aplicarse a la DCSD.

En esencia la definición viene de más atrás dentro del acervo sobre protección de consumidores, y así, en términos más escuetos, podemos encontrarla ya referida a "profesional", en el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La propuesta presentada por la Comisión para la DCSD proponía utilizar el término "proveedor" para referirse a esta parte del contrato, si bien contenido de la definición era el mismo que el finalmente acogido. El cambio al término "empresario" durante el proceso legislativo se debió, según Staudenmayer (2020:62) al hecho de que la DCSD deje a los EEMM la cualificación legal de los

[66] Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova,* C-105/17, EU:C:2018:808, apdos. 28 y 29.

contratos respectivos en que se aplique la regulación de la Directiva, dado que el término "empresario" cubría diferentes tipos de contratos

Aunque como vemos, la definición de la parte "profesional" del contrato no presenta novedad alguna respecto a la legislación anterior, si resulta novedosa la clarificación contenida en el considerando 18, cuando señala que "los prestadores de plataformas pueden ser considerador empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales". Cuando no cumplan este criterio, queda a la discrecionalidad de los EEMM decidir si la DCSD se aplica a los prestadores de plataformas que no cumplan ese requisito de actuar con fines relacionados con sus propias actividades y estableciendo una relación directa con el consumidor (CAUFFMAN. 2019:473).

Explica Staudenmayer (2020:63) que esta referencia en el considerando 18 a los proveedores de plataformas fue el resultado de un debate que se suscitó tanto en la negociación de la DCL como en la DCSD, sobre si debían incluirse en la noción de "empresario" (o proveedor, en la propuesta inicial), a los intermediarios en el suministro de los contenidos digitales. El debate tuvo también su origen en una propuesta del Parlamento, para hacer una aplicación extensiva en este concepto de la doctrina establecida por el TJUE en el asunto *Wathelet* (C-145/15).

En dicha sentencia, y resolviendo una cuestión prejudicial belga, el TJUE hace una interpretación de los artículos 1 y 2 de la Directiva 1999/44/CE, en un caso de adquisición de un vehículo por una consumidora, a través de un vendedor a quien consideraba propietario cuando había actuado como mero intermediario, por cuenta del verdadero propietario del vehículo, que era otro particular. Consideró el TJUE que, para una protección efectiva del consumidor, resultaba necesario que se informase, conforme a la Directiva 1999/44/CE, de que el propietario del bien transmitido era un particular. El Tribunal aprecia el desequilibrio importante en términos de información que existe entre el consumidor y el intermediario, que puede inducir fácilmente a error al primero, por lo que llega a una interpretación del artículo 1, apartado 2. de la citada Directiva 1999/44/CE según la cual, dicho precepto puede interpretarse en el sentido de que "comprende también al

profesional que actúa como intermediario por cuenta de un particular sin informar debidamente al consumidor adquirente de que el propietario del bien vendido es un particular, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tomando en consideración todas las circunstancias del caso"[67].

Coincidimos en considerar acertado que no se haya recogido en la DCSD la extensión de la interpretación apuntada para el artículo 1 de la Directiva 1999/44/CE, que hubiese supuesto una generalización y extensión del concepto de "empresario" más amplia quizá de la adecuada en una norma especialmente dirigida a un ámbito especializado como el del comercio digital de contenidos y servicios digitales. Por otra parte, la definición de "empresario" contenida en el artículo 2 DCSD, número 5, parece suficientemente aclaratoria de su alcance, particularmente cuando indica que el término se aplica al que se obliga contractualmente "incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial".

El riesgo de desequilibrio informativo en perjuicio del consumidor (elemento que se encuentra detrás del pronunciamiento *Wathelet* del TJUE) es un elemento que con seguridad también va a estar frecuentemente presente en los contratos de suministro digital, en los casos en que se contrata a través de una plataforma digital. Pero como también recuerda Staudenmayer (2020:64), ello es un denominador común en el Derecho de protección de consumidores de la UE y forma parte de un "desequilibrio estructural", que se trata de resolver a través de la imposición de obligaciones de información contractual y precontractual.

También se ha hecho mención en la jurisprudencia del TJUE a la importancia de esta información precontractual en los contratos para el suministro de contenido digital no prestado en soporte material, con ocasión de la sentencia (C-565/22)[68], que interpretando el derecho de desistimiento contemplado en la Directiva 2011/83/CE para este tipo de contratos a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil, resalta la capital importancia "capital" que tiene para el

[67] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2016, *Whatelet/ Garage Bietheres & Fils SPRL*. C-145/15. ECLI:EU:C:2016:840, apdo. 45.
[68] Sentencia TJUE de 5 de octubre de 2023, *Verein für Konsumenteninformation y Sofatutor GmbH* C-565/22, EU:C:2023:735, apdo. 44.

consumidor la información precontractual sobre el derecho de desistimiento, dado que la misma "le permite tomar, con conocimiento de causa, la decisión de celebrar o no el contrato a distancia con el comerciante. Para poder aprovechar plenamente esta información, el consumidor debe conocer previamente las condiciones, el plazo y el procedimiento para el ejercicio de dicho derecho de cara al derecho del desistimiento para la protección del consumidor"

En la DCSD, como hemos dicho, no se contemplan específicamente obligaciones de esta naturaleza, dado que en esta regulación el desequilibrio empresario-consumidor se trata de resolver atribuyendo al consumidor determinados derechos contractuales. Ello además sin perjuicio de la aplicación de la normativa general de protección de consumidores y sobre información precontractual en ventas a distancia y fuera de establecimiento mercantil, a través de la cual aplica, en cuanto a dichas obligaciones de información la regulación general aplicable a este tipo de contratos.

Ello determina, como señala Sánchez Lería (2021:41), que en aquellos supuestos en que una plataforma digital actúe como mera intermediaria de un contrato celebrado entre el empresario y el consumidor, la plataforma no quede vinculada por la responsabilidad que pueda derivarse de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados. En todo caso, y pese a quedar claro en la DCSD quien debe ser considerado parte del contrato frente al consumidor -y por tanto responsable de la posible falta de conformidad-, sí parece convenientemente aclaratorio el que se haya incluido en el artículo 18 la mención a que las plataformas digitales -que constituyen también agentes cotidianos en este tipo de contratación- deben ser consideradas propiamente parte en el contrato, lo que no ocurrirá normalmente como decimos cuando actúen como meros intermediarios entre el consumidor y el empresario que realmente suministra los contenidos o servicios contratados[69].

[69] "La presente Directiva debe aplicarse a cualquier contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor. Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales. Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan

En este sentido, el RSD ha venido a clarificar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios a través de plataformas, a los efectos de la información que debe ofrecerse al consumidor. La regla establecida en el apartado 3 del artículo 6 del RSD se refiere expresamente a las plataformas digitales que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. Cuando por la forma en que la plataforma disponga la información concreta ofrecida al consumidor (o disponga la forma de efectuar la transacción), de modo que pueda inducir a dicho consumidor a creer que la información, o el producto o servicio objeto de la transacción, se proporciona directamente por la propia plataforma o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control, la plataforma en línea quedará sujeta a la responsabilidad que resulte del Derecho de protección de consumidores[70].

B) Concepto de consumidor

En cuanto a la otra parte del contrato, el consumidor, también el artículo 2 DCSD, en su número 6, recoge el concepto habitual en el acervo UE sobre protección de consumidores, refiriéndose a la persona física que, en el marco de un contrato regulado por la Directiva, "actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión".

González Jiménez (2024:5) explica que la definición de consumidor se alcanza a través de dos elementos básicos: un sujeto (parte débil de la relación contractual) que participa en la relación de consumo, y que es la persona física o jurídica merecedora de protección jurídica. El segundo elemento es la nota de

los requisitos para ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva". Considerando 18 DCSD.

[70] Ello supone una excepción al régimen general de exención de responsabilidad que el artículo 6, relativo a los servicios de alojamiento de datos, establece para los prestadores de servicios de la sociedad de la información consistentes en el almacenamiento de información facilitada por un destinatario del servicio. En tales casos, el prestador del servicio no será considerado responsable de la información almacenada por el destinatario, siempre que no tuviese conocimiento efectivo de una actividad o contenido ilícito, y cuando tenga dicho conocimiento actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso al mismo.

ajenidad, que implica que el acto de consumo tiene lugar fuera de la actividad empresarial o profesional del sujeto involucrado. Dicho esto, no deja de apuntar que ambos elementos resultan conflictivos, por los problemas de delimitación que plantean. Así, en relación con el primer elemento, se ha planteado si una eventual búsqueda de beneficios económicos o ánimo de lucro debe excluir al sujeto de la condición de consumidor, o si deben tomarse en cuenta la situación de cada sujeto en situaciones particulares, así como la más clásica cuestión de si el concepto de consumidor debe preservarse para personas físicas o incluir también a las jurídicas.

Al respecto de este último debate, el considerando 16 DCSD recuerda que los EEMM tienen la posibilidad de extender el marco de protección que la norma ofrece a los consumidores, también a personas físicas o jurídicas que no sean estrictamente consumidores, entre los que se citan organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y PYMES.

La explicación de ello, como recuerda De Miguel Asensio (2023:1268) se encuentra en que la normativa tradicional UE sobre contratos de consumo venía limitando su alcance subjetivo a personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, profesional o empresarial (por todas, artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE). Pero el TJUE ha establecido que los EEMM, en su Derecho nacional (o en la interpretación jurisprudencial del mismo), pueden optar por extender el concepto de consumidor a otros supuestos, admitiendo así que se incluyan realidades que no han sido armonizadas por el Derecho de la UE. Así lo han hecho la DCSD y la DCL, que confirman esta libertad de los EEMM para extender el ámbito subjetivo de ambas directivas a personas físicas o jurídicas no incluidas en el concepto de consumidores de la Directivas, en los términos señalados en el párrafo anterior.

También el considerando 17 DCSD se refiere a los contratos con doble objeto o mixtos, donde el objeto de la contratación es un bien o servicio en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad profesional del adquirente, donde el objeto comercial del mismo sea tan limitado que no predomine sobre el contexto general de contrato. Se entiende en tales casos (en lo que ha sido

considerado una "aclaración superflua[71]"), que serán los Estados miembros los que deben determinar si el adquirente debe ser, o no, considerado consumidor[72]. Este considerando tiene un antecedente en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, si bien en dicho considerando la solución interpretativa que se ofrece es sorprendentemente tajante, al imponer que en caso de los contratos con doble objeto donde se den las circunstancias indicadas (el objeto comercial del mismo sea tan limitado que no predomine sobre el contexto general de contrato), los adquirentes deben ser considerados consumidores. Esta tajante afirmación, bastante impropia de un considerando que, como hemos visto, debe simplemente ayudar a interpretar y comprender la norma sustantiva, no ha sido recogida en la DCSD, que deja la cuestión en manos de los EEMM (lo que no deja de ir en detrimento de la armonización, aun limitada a aspectos concretos, que persigue la DCSD, puesto que esta cuestión nos parece de una importancia suficiente como para haber establecido un criterio común a los EEMM).

La aclaración del considerando 17 DCSD no puede considerarse tan superflua como señala Staudenmayer, desde el momento en que, como apunta Morais Carvalho (2020:936), ello supone que la Directiva no califica necesariamente como consumidores a los adquirientes de los contenidos o servicios digitales en el caso de dichos contratos mixtos y, en consecuencia, que puede haber EEMM que no consideren a dichas personas como "consumidores" a los efectos de la DCSD, apartándose con ello del criterio seguido en normas sustantivas anteriores del Derecho de protección de consumidores de la UE. Ello, como señala el mismo autor, puede ir también en detrimento del alcance de la protección de consumidores y, desde luego, a que se adopten diferencias de enfoque en los derechos nacionales que no colaboran a la uniformidad del mercado único digital. También Cauffman (2019:479) manifiesta su crítica al respecto, añadiendo que el citado considerando

[71] Staudenmayer (2020:66).

[72] "Asimismo, el cdo. 17 de la DCSD dejaba en manos de los legisladores nacionales calificar como consumidores a quienes celebran contratos con doble objeto o doble finalidad cuando el objeto comercial del contrato es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato". Herrerías Castro (2022:1016).

17 DCSD contraviene el enfoque que ha venido adoptando en el TJUE, hacia una interpretación extensiva del concepto de consumidor.

Las diferencias en las versiones lingüísticas de la Directiva 2011/83/UE en relación con la definición de "comerciante", que afectan directamente a la inclusión en dicho concepto del intermediario (cuestión a que nos hemos referido antes), ha sido señaladas por el TJUE en la sentencia del asunto *Tiketa UAB contra M. Š.*, C-566/20[73], dejando zanjada la cuestión interpretativa al señalar que "un intermediario como Tiketa debe calificarse de «comerciante», en el sentido de esta disposición [artículo 2, número 2, de la Directiva 2011/83/UE], cuando actúa con un propósito relacionado con su propia actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por dicha Directiva"[74]. Este es, consideramos, el criterio seguido por la DCSD, y aun cuando la norma sea anterior al pronunciamiento, parece encajar con la doctrina posteriormente aclarada por el TJUE en relación con los intermediarios.

Esta cuestión de los contratos mixtos ha sido considerada por el TJUE desde diversos puntos de vista. Así, interpretando el Reglamento (UE) nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la sentencia dictada en el asunto *Wurth Automotive* (C-177/22) hace una interpretación restrictiva del término consumidor en la aplicación de los artículos 17 y 18 del citado Reglamento, limitando los supuestos de aplicación en que debe aplicarse, centrado en la posición ocupada por

[73] "Procede señalar, en primer lugar, que las diferentes versiones lingüísticas del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2011/83 presentan disparidades. En efecto, como señala el órgano jurisdiccional remitente, según la versión lituana de esta disposición, cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante —definido como toda persona física o jurídica, sea pública o privada, que actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con contratos regulados por dicha Directiva— constituye en sí misma un comerciante en el sentido de dicha Directiva. En cambio, otras versiones lingüísticas de la misma disposición, en particular sus versiones en inglés y francés, disponen que constituye un comerciante toda persona que responda a dicha definición, incluso cuando actúe a través de otra persona que intervenga en su nombre o siguiendo sus instrucciones, dando así a entender que el hecho de que una persona recurra a un intermediario no la priva de su condición de comerciante. Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, *Tiketa UAB contra M. Š.*, C-566/20, ECLI:EU:C:2022:112, apdo. 25.

[74] Ibídem, apdo. 26.

la persona en el concreto contrato, a la luz de su naturaleza y finalidad, y no con la situación objetiva de dicha persona[75].

Paredes Pérez (2021) ha analizado los problemas de delimitación y encaje del concepto de consumidor recogido tanto en la DCSD como en la DCL, en relación con la determinación de la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores, prevista en la sección cuarta del capítulo II (Competencia) del Reglamento Bruselas I bis. Y ello, dada la trascendencia del encaje adecuado de las acciones que se reconocen por dichas directivas a los consumidores, que resultarán esenciales, en el marco de la cooperación jurídica internacional, para hacer efectivos los derechos del marco de protección establecido por la DCSD y la DCL. Resulta por ello de especial importancia la interacción de sus esferas de aplicación con el Reglamento Bruselas I bis, y la articulación entre sí de estas normas, sobre todo considerando que las normas de cooperación judicial internacional de la UE emplean conceptos jurídicos autónomos, entre ellos el de consumidor, que en principio y por dicha razón no se verían afectadas por la transposición que de dichos conceptos hagan los EEMM al incorporar la referidas DCSD y DCL.

Paredes Pérez (2021:7) realiza un análisis de la interpretación hecha por el TJUE del concepto de consumidor en el marco de la sección cuarta, capítulo II, del Reglamento Bruselas I bis, señalando que dicho Tribunal realiza una interpretación restrictiva, "en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado, atendiendo a la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona"[76]. Señala así que, en este concepto autónomo de consumidor que se

[75] "Por tanto, el concepto de "consumidor" "debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras". "Solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior". Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2023, *Wurth Automotive,* C-177/22, ECLI:EU:C:2023:185. apdos. 22 y 23 y jurisprudencia citada.

[76] Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37, apdo. 29 y jurisprudencia citada.

emplea en las normas de cooperación judicial internacional de la UE, a la hora de determinar, resultan por completo superfluas las consideraciones subjetivas y personales del consumidor que contrata con una plataforma en línea de contenidos digitales (Paredes Pérez utiliza el ejemplo de los servicios en línea de juegos de azar), así como todos los factores que atienden a la situación subjetiva de la persona como sus conocimientos concretos en el ámbito en que se celebra el contrato, el ánimo de lucro que le pueda guiar al celebrar el contrato, siendo lo único relevante que se trate de un "consumidor privado final, en el bien entendido de que la relación contractual se inscriba en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, al considerarse que la persona se encuentra en una posición de inferioridad respecto al profesional"[77]. De ahí el que dicho concepto quede absolutamente restringido a personas físicas, que actúen por completo al margen de sus actividades profesionales, y que la previsión del considerando 17 DCSD que permitiría a los EEMM extender, a los efectos de los contratos en ella incluidos, el concepto de consumidor a personas jurídicas como PYMES u ONG´s no tendría efecto alguno en relación con las normas UE sobre competencia judicial internacional.

También en la interpretación de la normativa sustantiva de consumo, el TJUE tiene establecido el carácter objetivo del concepto de "consumidor", "según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión"[78]. Así lo establece en el caso *S.V. OOD*., C-485/21, al interpretar el concepto de consumidor del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, también un supuesto de contrato mixto en que se alegaba el carácter de consumidor de una persona física, propietario de piso, en su condición de un contrato de mantenimiento de las partes comunes del inmueble. La sentencia afirma que debe ser considerado consumidor la parte del contrato que sea persona física y que "no utilice ese piso exclusivamente para fines que correspondan a su actividad profesional" (en un supuesto en que la persona física utilizaba su domicilio particular también para desarrollar, en régimen de teletrabajo, algunas actividades profesionales que

[77] Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1993, as. C-89/91 *Shearson Lehman Hutton* ECLI:EU:C:1993:15, apdos. 20 y 22.
[78] Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2022, *S.V. OOD.,* C-485/21, ECLI:EU:C:2022:839, apdo. 25.

formen parte de su actividad profesional, por cuenta ajena o al ejercer una profesión liberal[79].

Asimismo, recuerda Izquierdo Grau (2024:36) que en el asunto *Costea* (C-110/14), el TJUE avanzó en la delimitación del consumidor en relación con los casos en que el mismo posea determinados conocimientos técnicos (en aquel caso, conocimientos jurídicos), estableciendo[80] que tales conocimientos, adquiridos por razón de su profesión, no excluyen al contratante de la condición de consumidor (e aquel caso a los efectos de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo), cuando el contrato no se ha celebrado en el marco de su actividad profesional. Pronunciamientos análogos del TJUE existen en relación con profesionales del ámbito financiero[81], o en el supuesto en que existía una relación laboral entre las partes del contrato[82], siempre optando por la interpretación más favorable al consumidor que viene guiando la jurisprudencia de dicho Tribunal al interpretar las normas del acervo UE de Protección de consumidores.

Con un pronunciamiento relacionado, debemos referirnos también a la más reciente sentencia del TJUE *YYY (Notion de consommateur*), C-570/21[83], cuestión prejudicial polaca en que se interpreta la noción de consumidor del artículo 2 de la Directiva 2011/83/CE . Aunque la cuestión sometida al TJUE se plantea en relación con la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, el Tribunal considera que, para asegurar el cumplimiento de los objetivos en relación con la protección de consumidores que pretende el legislador UE, resulta preciso tener en cuenta el concepto de consumidor establecido en otras normas del acervo UE como la referida Directiva 2011/83/CE. La sentencia

[79] Ibídem, apdo. 32.

[80] "Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete". Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea,* C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, apdo. 30.

[81] Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Petruchová*, C-208/18, ECLI:EU:C:2019:825, apdo. 78.

[82] Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2019, *Pouvin y Dijoux*, C-590/17, ECLI:EU:C:2019:232, apdo. 43.

[83] Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023, *YYY (Notion de consommateur)*, C-570/21, ECLI:EU:C:2023:456

considera esta Directiva particularmente pertinente en el caso examinado, y considera que el legislador tuvo la determinación, a la vista de sus considerandos 17 y 18, de dar carácter horizontal a su definición de consumidor. La cuestión planteada en dicha prejudicial aborda un contrato con doble finalidad, en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona contratante, sobre la que se cuestionándose si debe ser considerado consumidor. En su resolución, el TJUE vuelve a inclinarse por un concepto amplio de consumidor también en los contratos con doble finalidad, y recordando su pronunciamientos anteriores y ateniéndose al considerando 17 de la Directiva 2011/83/CE[84], concluye que sí debe tener la condición de consumidor la persona que contrata junto a otra que no ha actuado en el marco de su actividad profesional, cuando ha celebrado un contrato destinado a un uso parcialmente relacionado con esa actividad profesional y parciamente ajeno a dicha actividad, "si la finalidad profesional es tan limitada que no predomina en el contexto global de ese contrato" (apdo. 53).

En todo caso, no puede desconocerse el impacto económico que hubiese comportado extender el ámbito de la DCSD a los contratos mixtos o con doble objeto, que hubiese sido considerablemente mayor al que hubiese determinado el extenderlo en el caso de la Directiva 2011/83/UE (Staudenmayer. 2020:59).

Debe también tenerse en consideración a estos efectos, como apunta Sánchez Lería [2021:36] que en el entorno del comercio digital también se ha difuminado la distinción entre consumidor y productor, y que el mismo se caracteriza por una actuación mucho más activa de los consumidores, que también son creadores o productores de contenido, en un mundo de plataformas donde una de sus principales características es la posibilidad de aportar contenidos e interactuar con otros usuarios[85].

[84] "La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor". Considerando 17 de la Directiva 2011/83/CE.

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

III.- RELACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 CON OTRAS DISPOSICIONES DEL ACERVO UE

1.- La Directiva (UE) 2019/771

A) Caracteres y finalidad

Como ya se ha expuesto, la propuesta de DCSD se presentó conjuntamente con la propuesta DCL, directiva destinada a regular determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, y que constituía también un desarrollo de la Estrategia MUD. Retomaba en ella también partes del contenido de la propuesta de Reglamento CESL.

Tras una tramitación en paralelo con la DCSD (ambas son denominadas por la doctrina como las "directivas gemelas")[86], fue aprobada la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019 (DCL), relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes[87], que entró en vigor el 11 de junio de 2019..

Con la DCL la Comisión Europea proponía la unificación de la normativa UE que venía a regular la compraventa de bienes, que se recogía de manera

personal y comercial. Este nuevo mercado está conformado por plataformas para la publicación de contenidos, como Blogger, redes sociales, como Facebook, los servicios conocidos como wikis (Wikipedia) y los portales de alojamiento de fotos, audio o vídeos (Flickr, YouTube). La esencia de estas herramientas está en la posibilidad de interactuar con el resto de los usuarios o aportar contenidos que enriquezcan la experiencia de navegación. En muchas ocasiones estas actividades estarán en parte relacionadas con una actividad comercial (piénsese en *youtubers* o *influencers*, que obtienen importantes beneficios a través de la promoción de marcas y productos). Así, igualmente, podría ser el supuesto en el que una persona descarga una aplicación de mensajería instantánea que usa tanto para sus comunicaciones personales como profesionales. En este caso, habrá que estar al uso predominante para determinar si se encuentra protegida por la normativa" (Sánchez Lería. 2021:36).

[86] "At the same time, the harmonized law of the Member States has expanded considerably through a series of Directives, most of which provide for full harmonization. Among them, in addition to the Modernisation Directive, the "Twin Directives" from 2019 play a prominent role: the Digital Content and Digital Services Directive (DCD) and the Sale of Goods Directive (SGD)" (De Franceschi y Schulze.2023:2)

[87] 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.° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. DOUE L 136 de 22.5.2019, p. 28–50.

fragmentada en distintas disposiciones, principalmente la Directiva 2011/83/CE y la Directiva 1999/44/CE.

No corresponde a este trabajo en análisis de la DCL, pero sí entendemos necesario establecer el distinto ámbito aplicativo y la delimitación entre ambas normas, teniendo en cuenta que uno de los objetivos principales de dicha DCL es el establecimiento de normas armonizadas en relación con la compraventa de bienes que tengan incorporados contenidos digitales.

Cámara Lapuente (2021:10) menciona que durante de negociación de ambas propuestas los colegisladores de la Unión dudaron sobre la conveniencia de fusionar ambas propuestas –presentadas separadamente por la Comisión-, en un único texto normativo, debido fundamentalmente a que el esquema relativo a la conformidad y medidas de reparación asumido en la propuesta de DCSD partía de la estructura de la Directiva 1999/44/CE, con las adaptaciones necesarias al ámbito objetivo de la directiva. Finalmente, se optó por mantener dos textos separados, según dicho autor por criterios de oportunidad política y la incertidumbre de que una de las dos propuestas no fuese finalmente aprobada.

En cuanto a su objeto, como señala su considerando 13 la DCL busca establecer una regulación aplicable a "los contratos de compraventa de bienes, entre ellos, los bienes con elementos digitales que requieren un contenido o servicio digital para cumplir sus funciones". Izquierdo Grau (2024:31) señala que el objetivo que persigue la UE con la DCL es favorecer el crecimiento del comercio electrónico, y las compraventas de bienes muebles transfronterizas, debido al fracaso de un primer intento con la Directiva 1999/44/CE[88], debido a la disparidad de regulaciones a que la misma dio lugar en su transposición a los ordenamientos jurídicos de los EEMM. Recuerda igualmente que la regulación del contrato de compraventa es parte esencial del Derecho privado de los EEMM, motivo por el que estos se resisten a adoptar un régimen uniforme a través de una sistemática de armonización máxima, motivo por el que la citada Directiva 1999/44/CE sólo trataba de imponer una regulación mínima sobre aspectos concretos de tales

[88] 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. DOUE L 171 de 7 de julio de 1999.

contratos, y ello determinó una indeseada disparidad de regulaciones, que impidió conseguir el objetivo buscado.

En el caso de la DCL, se ha seguido, al igual que en la DCSD, una sistemática de armonización máxima, con el objetivo de imponer una regulación uniforme sobre la conformidad y las acciones ante la falta de la misma. Los paralelismos con loa DCSD son también aquí evidentes, y justifican ese apodo de "directivas gemelas".

Izquierdo Grau (2024:32) señala también que el texto final de la DCL refleja las tensiones producidas durante su negociación entre el Parlamento Europeo y el Consejo, y cómo ello se hace patente en previsiones incluidas en la norma que habilitan a los EEMM para apartarse, en ciertos aspectos, del régimen uniforme que establece la DCL (por ejemplo, ampliando el plazo de responsabilidad del vendedor, o no incluyendo determinados aspectos de la regulación de los contratos de compraventa como los requisitos para su válida celebración o las causas de ineficacia de los mismos. Disparidades que pueden volver a dificultar, señala el mismo autor, el propósito de uniformización del mercado interior. Se trata de una consideración muy semejante a la que, tras el análisis de su contenido y las salvedades y remisiones que se dejan al legislador nacional, se formula en este trabajo en relación con la DCSD.

Sobre las vicisitudes de esta negociación entre Parlamento y Consejo, resulta interesante la detallada exposición de Arroyo Amayuelas (2024:514-529). En ella se recuerda que fue objeto de preocupación en el Consejo el determinar si todos los bienes de consumo debían regirse por las mismas normas, como había propuesto inicialmente la Comisión. Dado que el Parlamento adoptó la posición de que los contenidos digitales incorporados a un bien debían regirse por la regulación de la DCSD, pero el bien mismo considerado al que se incorporaban los contenidos, debía seguir la regulación de la DCL. El Consejo claramente prefería excluir los contenidos y servicios digitales incorporados a bienes del ámbito de aplicación de la DCSD, pero estableciendo un único régimen jurídico para todos los bienes de consumo, en vez de dividir el mismo. El acuerdo de compromiso finalmente alcanzado sobre la cuestión, que permitió adoptar la propuesta en primera lectura, se alcanzó sobre la idea que los contenidos y servicios digitales seguirían la

regulación de la compraventa (DCL) en cuanto formaran parte del bien objeto del contrato, y no meramente suporte del mismo.

El ámbito de aplicación de la DCL se establece en su artículo 3, excluyendo del mismo determinados contratos de compraventa de bienes, como aquellos cuyos contratantes no son vendedores y consumidores, o que quedan excluidos por el objeto del contrato, como son las compraventas de bienes inmuebles. En todo caso, y como ya se señaló, la negociación de la norma llevó finalmente a que, a diferencia de lo que propuso la Comisión, se estableciese un régimen uniforme para todas las ventas celebradas presencialmente o a distancia y fuera de establecimiento mercantil, incluyendo entre estas últimas las compraventas electrónicas o en línea. Como novedad sustancial, la regulación expresa de la compraventa de bienes con elementos digitales, como se expondrá a continuación al examinar la delimitación del ámbito de aplicación con la DCSD.

B) Delimitación del campo de aplicación de la DCL y la DCSD

Estableciendo ambas normas la regulación de contratos que comportan la transmisión o el suministro del mismo tipo de bienes, resultaba esencial establecer el criterio para determinar la aplicación de una u otra norma. Ello desde la diferencia esencial de que la DCL regula un tipo de contrato específico, el de compraventa, mientras que como ya hemos visto la DCSD establece una regulación destinada a poderse aplicar en modalidades diferentes de contratos, sin constreñirse a uno o unos determinados. Esto determina que la DCSD sea la normativa aplicable en exclusiva a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, dado que el régimen de transmisión de los bienes corporales o muebles queda sometido a la DCL, incluso cuando puedan incorporar los contenidos digitales, supuesto que suscita el régimen de los denominados “bienes con elementos digitales”.

El artículo 2, número 5, DCL, define lo que deba entenderse a sus efectos, por esta categoría de bienes, aludiendo en su apartado b)[89] a aquellos que incorporen contenidos digitales. Es una definición compartida con la DCSD, que la recoge en su artículo 2, apartado 3.

Resultaba esencial la determinación de lo que constituyesen tales bienes, a fin de clarificar el criterio que debe delimitar la aplicación de una directiva u otra, y este se encuentra en el artículo 3 de ambas normas. Por un lado, y con carácter general, se reserva al ámbito de la DCL, conforme a su artículo 3, apartado 3, la regulación de los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales, siempre que los contenidos digitales se suministren con los bienes "con arreglo al contrato de compraventa", y ello con independencia de que tal suministro lo realice el propio vendedor o un tercero.

Por su parte, y conforme a su artículo 3, apartado 3, la regulación del suministro digital de la DCSD se aplica, además de a los contenidos digitales, a los bienes en que estos vengan incorporados, cuando el bien en cuestión "sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales".

A los efectos de entender la situación de los bienes con elementos digitales, Barceló Compte y Rubio Gimeno (2022:7) distinguen entre bienes con elementos digitales interconectados (*embedded digital content*, donde el elemento digital está integrado o preinstalado en el bien transmitido y resulta indispensable para ue el mismo funcione), y bienes con elementos digitales auxiliares (*ancillary digital services*, donde el elemento digital –contenido o servicio-, es un elemento complementario que añade funcionalidad al bien, pero del que no depende de manera esencial su funcionamiento). En el primer caso, *embedded digital content*, los bienes transmitidos sujetan su regulación a la DCL, siempre que la transmisión de los mismos esté amparada o comprendida en el contrato de compraventa. En esta categoría se incluirían los denominados *smart goods,* aquellos bienes que para su ordinario funcionamiento requieren del contenido digital interconectado o

[89] Artículo 2, "Definiciones", nº. 5 "b) todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones (en lo sucesivo, «bienes con elementos digitales»)".

preinstalado, y respecto de los cuales las deficiencias –o faltas de conformidad- de dichos elementos digitales afectan al normal funcionamiento del bien. La nota esencial que vincula al contenido o servicio digital con el bien es, por tanto, la dependencia funcional aludida en la definición de bienes con elementos digitales que hemos visto incluyen ambas directivas. A ello se refiere también el considerando 21 de la DCSD, cuando aludiendo al campo de aplicación de la DCL, señala que el concepto de bienes con elementos digitales se refiere a aquellos que los incorporan o están interconectados a ellos "de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumpliesen su función".

En el segundo caso, *ancillary digital services*, la noción de que el elemento digital no es inescindible del bien, sino que lo complementa, aumentando sus prestaciones o mejorando su funcionamiento es la fundamental, sin dejar por ello de integrarse también en la categoría mencionada de "bienes con elementos digitales". En relación con estos bienes, Barceló Compte y Rubio Gimeno (2022:12) entienden que su regulación queda en un ámbito gris, donde no queda necesariamente claro si debe aplicarse la DCL o la DCSD. Propugnan en tales casos la aplicación del régimen de la DCSD, debido a la divergencia en cómo regulan ambos textos la conformidad, y en tanto la DCSD regula la posibilidad de modificación de los contenidos o servicios digitales suministrados que no se contempla en la DCL. También, por la apreciación de que la evolución de la tecnología irá añadiendo importancia al elemento digital incorporado, aun accesoriamente, al bien transmitido, y las actualizaciones del mismo serán fundamentales.

Entendemos sin embargo que la cuestión del régimen aplicable a los bienes con elementos digitales no es tan discutible, si se atiende a la regla establecida en el artículo 3, apartado 3, DCL que ya hemos referido. Siempre que el contenido o servicio digital esté incorporado al bien, en cualquiera de las dos posibilidades apuntadas (sustancialmente incorporado –*embedded-*, o integrado de forma complementaria –*ancillary*-), el régimen aplicable será el de la DCL cuando tales elementos digitales se hayan incluido en el contrato de compraventa. Por su parte, la DCSD solo entra en juego en los casos en que, contratándose el suministro de contenidos o servicios digitales, surja como elemento de ese suministro la

aportación de un "bien contenedor", esto es, que se limite a la función de soporte o contenedor del suministro que se realiza.

La duda surgiría fundamentalmente en los casos en que no apareciese con claridad la inclusión de los contenidos o servicios digitales interconectados al bien transmitidos (que no contenidos) en el contrato de compraventa, pero ello a los efectos de determinar si se aplica o no la DCL. Dicha duda se contraería a la determinación de si se aplica o no la DCSD al elemento digital, rigiéndose en todo caso la transmisión del bien por la DCL. Pero a fin de resolver estos supuestos, el artículo 3, apartado 4, DCSD establece la regla de la presunción de que los elementos digitales sí deben considerarse incluidos en el contrato de compraventa.

No puede olvidarse tampoco la regla establecida en el artículo 3, apartado 6, DCSL, para los denominados contratos mixtos, donde se pacte el entre el mismo empresario y el mismo consumidor el suministro de contenidos y servicios digitales, por un lado, y el suministro de otros servicios o bienes –cabe entender que no digitales-. Es decir, cuando se yuxtaponen como objeto del contrato prestaciones que claramente entran en el ámbito de la DCSD, con otras que han de someterse a otras regulaciones, debiendo aplicarse a cada parte la regulación que procede.

Y por último debe tenerse en consideración, para estos casos de contratos mixtos, que contiene el considerando 17, *in fine* de la DCL, indicando que "cuando un contrato incluya elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva". Es decir, cabe el que la regulación nacional establezca que se apliquen ambas regulaciones, la relativa al suministro del elemento digital, y la de la compraventa a la transmisión del bien.

La cuestión, recuerda Cámara Lapuente (2021:11), también fue analizada durante la negociación en paralelo de ambas directivas, durante la que cuestionó dónde ubicar los reseñados bienes con elementos digitales, debido a la duda sobre si debía aplicarse, en caso de falta de conformidad, la regulación establecida para los bienes muebles tangibles vendidos, o el régimen propio de los contenidos o servicios

digitales integrados o interconectados con los mismos, incorporados en ellos o con los que se interconectan para funcionar.

Lo que resulta indiscutible es la cada vez mayor importancia de los bienes cuya funcionalidad depende del elemento digital incorporado, los ya mencionados s*mart goods*, a medida que evoluciona y se generaliza el denominado "Internet de las cosas" (IoT), pudiéndose aventurar que cada vez adquirirá más importancia las obligaciones del vendedor/productor en cuanto a esa parte del bien transmitido. Ello irá inexorablemente determinando que las previsiones que contenga el contrato de compraventa sobre conformidad del elemento digital ira adquiriendo mayor desarrollo e importancia, y siempre existirá la posibilidad para las partes de reproducir, o remitirse, a aquellos aspectos de la regulación de la DCSD que puedan estar llamadas a complementar la regulación del contrato de compraventa en línea.

2.- El Reglamento (UE) 2019/1150.

A) Caracteres y finalidad

La utilización por los consumidores de los servicios digitales provistos por el empresario, también a través de los contratos cubiertos por la DCSD, tiene consecuencias secundarias que van más allá de la concreta prestación del suministro contratado. El valor que adquieren hoy los datos que obtienen los titulares de los servicios (grandes plataformas, motores de búsqueda por Internet, etc.), está llevando al legislador de la UE a imponer reglas que aseguren una mayor transparencia en el uso de los datos, con obligaciones de información contractuales, así como de notificación e información al usuario. Como decimos, ello tiene consecuencias y afecta directamente a los consumidores que contratan el suministro de contenidos o servicios digitales, y nos lleva a mencionar dos de las normas adoptadas en la UE para atender esta cuestión: el Reglamento (UE) 2019/1150 y el Reglamento (UE) 2023/2854, a los que vamos a hacer referencia seguidamente.

En relación con la cesión de datos personales obtenidos en la prestación de servicios de intermediación en línea por prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI), cuando estos actúen como intermediarios entre consumidores y profesionales, y a fin de que estos últimos ofrezcan sus bienes o servicios a los consumidores y se verifiquen transacciones directas entre ambos (que no necesariamente han de concluirse por vía electrónica), el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre equidad y transparencia para los usuarios profesiones de servicios de intermediación en línea[90] impone determinadas obligaciones de información a dichos intermediarios PSSI. En concreto, les impone informar a los usuarios profesionales que utilicen su servicio de intermediación de aquellas las cesiones de datos que efectúen a terceros con finalidades no necesarias para el correcto funcionamiento de los servicios, debiendo mencionar expresamente cuando la cesión que se realice con la finalidad de monetizar (sic) los datos con fines comerciales.[91]

Es esta una norma dirigida fundamentalmente a los servicios de intermediación en línea y los motores de búsqueda por Internet, como aclara su considerando 6, que ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión. Así resulta esencial en este Reglamento la definición de los "proveedores de servicios de intermediación en línea", que su artículo 2, número 3, define como toda persona física o jurídica que ofrece servicios de intermediación en línea a los usuarios profesionales o que les propone el uso de aquellos.

Las investigaciones desarrolladas por la Comisión Europea, en su función de autoridad de competencia, y las constataciones alcanzadas en ella, han llevado a la proposición y adopción de este Reglamento 2019/1150. En él se impone a los servicios de intermediación claridad y transparencia en las condiciones generales que apliquen a usuarios profesionales (artículo 3), en cuanto a sus sistemas de clasificación de los productos ofrecidos o al posicionamiento en motores de búsqueda (artículo 5) o al tratamiento diferenciado que frente a los consumidores

[90] Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. DOUE L 186 de 11.7.2019, p. 57/79.
[91] Ibidem. Considerando 34 y artículo 9, apartado 2 letra d).

den a los bienes o servicios de unos prestadores frente a otros (artículo 7), o en relación con las decisiones que los intermediarios adopten para restringirlos o suspender la prestación de sus servicios en la plataforma (artículo 4). Todo ello, en un intento por parte del legislador de la Unión de reequilibrar la relación contractual B2B, ante la dominantísima posición en el mercado alcanzada por las principales plataformas, y la capacidad de alterar o influir en la contratación electrónica que ello les otorga. Recuerda Guerrero Pérez (2021:359) que buena parte de estas obligaciones tienen su antecedente en la decisión de compromisos acordada por Amazon con la autoridad nacional alemana de competencia en julio de 2019, derivada de una investigación por abuso de posición dominante.

El objetivo del Reglamento no atiende directamente a las relaciones con los consumidores, sino con los llamados "usuarios profesionales", definidos como "todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión" (artículo 2, número 1 del Reglamento 2019/1150). En definitiva, se imponen a los empresarios que gestionan las plataformas, o los motores de búsqueda a que acceden los consumidores, determinadas obligaciones de información, transparencia, actuación adecuada frente a los usuarios profesiones, cuyos servicios buscan los consumidores a través de aquellos intermediarios, búsqueda que puede verse muy determinada, en muchas ocasiones de forma poco transparente e injusta, por la actuación de dichos intermediarios.

B) Obligaciones impuestas por el Reglamento a los proveedores de servicios de intermediación en línea

Por otro lado, la imposición a los proveedores de servicios de intermediación en línea de obligaciones de información sobre las cesiones de datos a terceros, como así se dice expresamente en el Reglamento, tiene por objeto permitir al usuario profesional que hace uso de la plataforma de intermediación, poder ejercer sus derechos en relación con la cesión de datos, o al menos influir en la misma.

Ciertamente, tal especificidad no debería ser necesaria de acuerdo con el RGPD -al menos en los casos que dicho usuario profesional sea una persona física, y así el considerando 35 salva la aplicación de dicho RGPD- si bien como explica el considerando 35 del Reglamento, aunque no se pretende que la divulgación o no de datos personales (o no personales) a sus usuarios profesionales se considere una obligación por el proveedor de los servicios de intermediación, se hace una referencia explícita a la conveniencia que dicha cesión de datos podría tener, con el debido respeto al marco jurídico de la Unión, a la vida privada y a la protección de datos personales en las comunicaciones electrónicas, para aumentar el intercambio de datos "como fuente de innovación y crecimiento", en el objetivo de crear un Espacio común europeo de datos.

Este reconocimiento explícito por el legislador de la realidad que hoy constituye la economía de los datos, de la que la Unión Europea no quiere quedar al margen (hay que volver a referirse a la Estrategia MUD), se enfrenta con la contradicción que supone un marco normativo de protección de datos personales donde el principio de finalidad es fundamental. Siendo cierto que hablamos de relaciones contractuales entre profesionales, no deja sin embargo de llamar la atención que expresamente esta mención a la cesión de datos a terceros, ajenas a las necesidades del servicio de intermediación, se refiera tanto a datos personales como no personales[92].

No obstante, es una realidad que no se puede obviar: las empresas, además de utilizar los datos para las finalidades específicas de su actividad económica, encuentran una vía para obtener recursos la monetización de dichos datos, con la venta de los mismos a terceros, en lo que ha sido denominado un *secondary use* de

[92] Ibidem, considerando 35: "Esos requisitos no deben entenderse como una obligación de los proveedores de servicios de intermediación en línea de divulgar o no datos personales o no personales a sus usuarios profesionales. Ahora bien, dichas medidas de transparencia podrían contribuir a aumentar el intercambio de datos y a reforzar, como fuente fundamental de innovación y crecimiento, los objetivos de crear un espacio común europeo de datos. El tratamiento de datos personales debe respetar el marco jurídico de la Unión para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, así como para el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (6), la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo (7) y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (8)".

los datos y que obedece a que, como se verá con mayor detalle, los datos son un activo más del tráfico económico (García Mexía, Perete Ramírez. 2018:175).

En este contexto, y en tanto los flujos de datos que manejen u originen las empresas lo sean de datos de carácter personal (pueden no serlo, o pueden ser de carácter mixto empleando datos personales y no personales), será de directa aplicación el RGPD en relación todos los tratamientos o cesiones que de tales datos se hagan. Ello incluso aunque a los datos se hayan aplicado procesos de anonimización para evitar este régimen, en tanto sea posible reconectar los datos con personas físicas revirtiendo dichos procesos, incluso cuando ello requiera técnicas laboriosas -y siempre que, técnicamente, se admita que es posible a día de hoy-[93]. Estas previsiones tienen impacto en los contratos objeto de la DCSD, donde es evidente que el uso que los consumidores hagan de los contenidos o servicios suministrados al amparo de la misma, serán generadores de volúmenes importantes de datos, que pueden sin duda ser objeto de comercialización por parte de los empresarios.

No nos referimos a los datos o activos digitales que los consumidores puedan haber transferido a los servicios del empresario (por ejemplo para su custodia o conservación, y que están sujetos a la obligación de puesta a disposición del consumidor en caso de resolución o finalización del contrato), sino al importante volumen de datos que pueda haberse generado como consecuencia de los accesos del consumidor a los servicios o contenidos puestos a su disposición, y que permitan conocer sus gustos, preferencias, hábitos. Serán en muchos casos datos no personales o fácilmente anonimizables. Y también, se trata de evitar que los consumidores se vean afectados, en su uso y acceso a los servicios digitales, por prácticas que pueden alterar o condicionar la actuación de los mismos.

Sobre este Reglamento 2019/1150 se ha planteado ya una cuestión prejudicial ante el TJUE, en un litigio nacional promovido por varias plataformas

[93] Debe recordarse que el Grupo del Artículo 29 incluso expresó sus dudas técnicas sobre si hoy es verdaderamente posible hablar de una anonimización de los datos personales, ello en su Dictamen 5/2014 sobre técnicas de anonimización, 0829/14/ES, WP216, de 10 de abril de 2014. https://www.aepd.es/documento/wp216-es.pdf. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

digitales prestadoras de servicios de intermediación y de motores de búsqueda online, en relación con la legislación nacional italiana que les obliga a suministrar periódicamente determinadas informaciones sobre su estructura societaria y cambios en su control y propiedad a la autoridad administrativa, y al pago de determinadas tasas para cubrir los costes de regulación, vigilancia, resolución de litigios y ejercicio de la potestad sancionadora. En el marco de esta cuestión prejudicial el Abogado General Szpunar[94] tuvo ocasión de recordar, en las conclusiones ya citadas, que este Reglamento deja libertad a los Estados miembros para establecer el mecanismo por el que se garantice la aplicación de las obligaciones del Reglamento (que puede ser aplicación de ámbito privado o por autoridades públicas), y que -cuestión quizá más discutible- el objetivo de las obligaciones que puede imponer un Estado miembro a los proveedores de servicios en línea para alcanzar los objetivos del Reglamento 2019/1150 (recordemos, establecer un entorno equitativo, predecible, sostenible y confiable para la actividad económica en línea en el mercado interior), no incluirían el de detectar posibles distorsiones de la competencia[95], por lo que no ampararía que un Estado miembro imponga a estos prestadores una obligación de presentar periódicamente una declaración sobre su situación económica como la analizada en el caso considerado[96].

El asunto ha sido resuelto por el TJUE en sentencia de 30 de mayo de 2024[97], con una interpretación del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE según la cual las obligaciones indicadas que se habían impuesto en Italia a las plataformas Airbnb (domiciliada en Irlanda) y Amazon (domiciliada en Luxemburgo) para operar en Italia, no resultan compatibles con el Derecho de la UE.

Creemos por tanto de interés señalar esta regulación, como muestra de las diversas consecuencias que la interacción e interconexión propia de la economía

[94] Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 11 de enero de 2024, en los asuntos C-662/22 a C-667/22, *Airbnb Ireland UC, Expedia Inc., Google Ireland Limited, Amazon Services Europe Sàrl, y Eg Vacation Rentals Ireland Limited contra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, ECLI:EU:C:2024:18.
[95] Ibidem. Apdo. 121.
[96] Ibidem. Apdo. 125.
[97] Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2024, *Airbnb Ireland,* C-622/22 y C-667/22 acumulados, ECLI:EU:C:2024:432.

digital y de plataformas, produce entre los diferentes actores, contexto en el que se incluyen también los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

3.- El Reglamento (UE) 2023/2854

Este Reglamento (UE) 2024/2854[98] , denominado "Reglamento de Datos" y aprobado a finales del año 2023, entrará en vigor 20 meses después de su entrada en vigor (septiembre de 2025). Tiene por objeto dotar a la UE de un instrumento normativo que, ante la creciente importancia de los datos –personales y no personales- en la economía digital, establezca un marco jurídico armonizado que promueva la circulación de los datos, determinando quien debe recibirlos y utilizarlos, con qué alcance, así como la normativa aplicable al intercambio de datos. Se utiliza el término datos en un sentido amplio y de gran alcance: "cualquier representación digital de actos, hechos o información y cualquier compilación de tales datos, hechos o información, incluso en forma de grabación sonora, visual o audiovisual" (artículo 2, número 1).

Se responde a una necesidad, detectada por el legislador de la Unión, que obstaculiza el buen funcionamiento del "mercado interior de datos" –término empleado en el considerando 4 del Reglamento-, surgida de un entorno donde, fundamentalmente a través del "Internet de las cosas" (IoT), hay una cantidad ingente de dispositivos y aparatos que generan datos constantemente. Esos datos presentan una utilidad y relevancia económica evidentes (por ejemplo, para analizar el funcionamiento de productos y mejorarlo mediante actualizaciones, desarrollar otros nuevos, comparar y determinar necesidades de los consumidores, etc.)[99].

[98] Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828. DOUE L, 2023/2854, 22.12.2023.

[99] "Se trata de datos que pueden tener gran relevancia, por ejemplo, para la mejora o reparación de esos productos, el desarrollo de otros nuevos o el aprendizaje de algoritmos, o por el valor inherente al conocimiento de todo tipo de elementos asociados a su uso. Por lo tanto, no puede sorprender que la expansión en todos los ámbitos de la economía del uso de productos conectados, también por quienes no son personas físicas cuyos datos son objeto del RGPD, vaya unida a la aparición de conflictos de

Se considera que, en una mayoría de casos, los datos no circulan y quedan a disposición de empresas que los obtienen y almacenan como consecuencia del uso por los usuarios de dispositivos y servicios digitales. La realidad del mercado determina así que en muchos casos esos datos no lleguen a quienes verdaderamente pueden obtener un verdadero provecho de los mismos, quedando como decimos en poder de grandes empresas que los recopilan y acumulan, sin que en muchas ocasiones tengan una verdadera circulación y lleguen a otros posibles interesados en acceder a los mismos, a fin de estructurarlos y poder beneficiarse del valor añadido que puede obtenerse de su adecuado tratamiento.

El punto de partida del Reglamento de Datos es que, en la situación preexistente, las empresas productoras tienen en la práctica una exclusividad en el acceso y uso de tales datos, que si no utilizan para nuevos desarrollos o evolución de las tecnologías inexistentes, permanecen almacenados sin ninguna utilidad para el desarrollo o innovación. Se quiere cambiar esto, en un nuevo paradigma donde las empresas y usuarios puedan acceder y utilizar estos datos ya generados y los que se creen en el futuro. Se trata igualmente de conciencia a los usuarios de la importancia y valor de tales datos que van a ir produciendo los bienes o servicios digitales que adquieran y utilicen[100].

Como señalaba el dictamen del Consejo Económico y Social sobre la propuesta, el objeto del Reglamento 2023/2854

> *es garantizar una asignación justa del valor obtenido de los datos, así como un acceso y uso mejores y más eficientes a estos. Regular el acceso a los datos y su utilización es un requisito previo fundamental para aprovechar las*

intereses en lo relativo a los derechos sobre los datos generados por el uso de esos productos, así como los regímenes de intercambio de datos" (De Miguel Asensio. 2024a:3)

[100] "The DA focuses on a specific type of data: Data that is generated, collected or stored by companies through the use of products or services. While focused on a specific type of data, the act carries vast implications as its scope covers a large part of the data economy. Until the DA, manufacturing companies either exclusively held and developed this data, or it remained dormant, unused for innovation. The DA changes this landscape, allowing both companies and users to utilise user data. This shift has dual implications: Firstly, it breathes new life into existing data, fostering economic value through innovative uses. Secondly, it empowers users to understand the data they generate, enabling them to make informed decisions about its use". Chayanis Aueamnuay, Carmen Berjón, Stella Galehr, Luca Graf, Andreas Heinemann, Digital Regulation in the European Union, https://doi.org/10.36862/eiz-euz2024-03 https://eizpublishing.ch/artikel/euz/03-2024/digital-regulation-in-the-european-union/ (2024:13).

oportunidades que ofrece la era digital en la que vivimos; además, la propuesta describe cómo se están aplicando los derechos pertinentes, aumenta el acceso de los consumidores y las empresas a la utilización de los datos y garantiza a las instituciones públicas la accesibilidad de los datos cuando sea necesario. Su objetivo es explotar el valor de los datos generados por los objetos conectados en Europa mediante la eliminación de las barreras de acceso a los datos, tanto para los organismos del sector privado como del público, al tiempo que se preservan los incentivos de inversión en la generación de datos garantizando a sus creadores un control equilibrado sobre estos[101].

La regulación se refiere, ya se ha dicho, a datos de carácter personal y no personal, lo que determina que el Reglamento 2024/2854 establezca en su artículo 5, apartado 1, una previsión de salvaguarda de la legislación de la Unión y nacional sobre protección de datos, la intimidad y confidencialidad de las comunicaciones.

En tanto los usuarios tengan la condición de interesados conforme a la legislación de protección de datos, los derechos que reconoce específicamente el Reglamento 2024/2854 se consideran adicionales a los que esencialmente reconoce el RGPD (derechos de acceso o de portabilidad). Finalmente, el precepto establece una regla de prevalencia de la normativa sobre protección de datos, en caso de conflicto con las disposiciones del propio Reglamento 2024/2854. Es clave por tanto el concepto de usuario que recoge el artículo 2, apartado 12, del Reglamento 2024/2854, definiéndolo como "persona física o jurídica que posee un producto conectado o a la que se le han transferido por contrato derechos temporales de uso de dicho producto conectado, o que recibe servicios relacionados".

En cuanto al contenido del Reglamento 2024/2854, se establecen en el mismo normas que obligan a facilitar la circulación de los datos, así como a poner a disposición de los usuarios los datos de productos y servicios digitales relacionados. Es amplia la regulación de distintos supuestos, como la obligación de hacer accesibles al usuario los datos que genere el uso de productos y servicios (en un

[101] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos). [COM(2022) 68 final — 2022/0047 (COD)] (2022/C 365/04). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022AE0850 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

formato y modalidad que facilite ese acceso). Así el artículo 3, apartado primero, establece la obligación de diseñar y fabricar los productos, y los servicios relacionados, de modo que faciliten un acceso fácil, seguro, gratuito y en un formato estructurado, de utilización habitual, los datos , "incluidos los metadatos pertinentes necesarios para interpretar y utilizar dichos datos", en favor de los usuarios, y de facilitar a estos, antes de la celebración de contratos de "compraventa, alquiler o arrendamiento de un producto conectado" una información mínima en relación con los datos que puede generar el producto.

Otros supuestos que también se regulan, con la misma finalidad de asegurar la circulación de datos, se refiere a las obligaciones de transmisión de datos entre empresas, cuando sus titulares estén obligados a la puesta a disposiciones de los datos en virtud de normativa de la Unión o nacional (Capítulo III, regulándose también en el IV las cláusulas contractuales abusivas entre empresas en relación con el acceso y utilización de sus datos), o la obligación -en el capítulo V- de la puesta a disposición de los datos a favor de organismos del sector público (como pueden ser la Comisión Europea, el Banco Central Europeo u otros organismo de la UE).

No corresponde a este trabajo profundizar en el contenido de este Reglamento 2024/2854, más allá de comentar aquellas de sus disposiciones que interaccionan de forma significativa con la DCSD, siendo a tal efecto necesario referirnos a Capítulo VI, "Cambio entre servicios de tratamiento de datos", que establece una normativa específica sobre la portabilidad de datos cuando un cliente decide cambiar de proveedor de servicios de tratamiento de datos. Dentro de este capítulo, el artículo 25 se dedica particularmente a las cláusulas contractuales que deben regir ese cambio de proveedor, estableciendo su apartado segundo un contenido mínimo del contrato que establezca los derechos del cliente y las obligaciones del proveedor de servicios de tratamiento de datos en casos de dicha portabilidad, regulación que ha de entenderse "sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/770". Parece que estas previsiones fueron incluidas en la

propuesta de la Comisión del Reglamento de datos (inicialmente en su artículo 24) como resultado de la consulta pública realizada por la Comisión en junio de 2021[102].

Se establece así una regulación que viene a completar el régimen contractual de la DSCD, en cuanto al suministro de servicios digitales de tratamiento de datos, con una reglamentación particular destinada a asegurar esa portabilidad de los datos en caso de cambio de suministrador del servicio digital contratado.

Esta normativa particular, contenida en el apartado segundo, como decimos, del artículo 25 del Reglamento 2024/2854, prevé la inclusión de cláusulas en el contrato que prevean específicamente, el derecho del cliente a solicitar el cambio de proveedor del servicio, "o trasladar todos los datos exportables y activos digitales a una infraestructura de TIC local", asegurando que dicho cambio, con el traslado de todos los datos que le conciernan, deba hacerse en un plazo máximo de 30 días naturales y, en todo caso, "sin demora indebida" (término que resulta familiar por utilizado en la DCSD).

Ello se completa con obligaciones impuestas al proveedor de servicios de tratamiento de datos para que "apoye la estrategia de salida del cliente pertinente a los servicios contratados" (apartado segundo, letra b). La letra c) del mismo apartado contiene previsiones para considerar resuelto el contrato con el anterior proveedor una vez concluido el proceso de cambio "con éxito", o cuando el cliente, una vez resuelto el servicio, decida al final del plazo máximo de preaviso (que la letra d) señala será como máximo de dos meses) suprimir todos sus datos exportables y activos digitales.

[102] "A public online consultation on the Data Act was subsequently published on 3 June 2021. It closed on 3 September 2021. The consultation addressed the items covered in the initiative with relevant sections and questions. It targeted all types of stakeholders, gathering input on data sharing, access and use in business-to-business and business-to-government contexts, on consumer empowerment and data portability, the potential role of technical measures such as smart contracts, user's ability to switch between cloud services, intellectual property rights (meaning the protection of databases), and safeguards for non-personal data in the international context. After carrying out an in-depth analysis of the replies, the Commission published a summary report on its website". Apartado tercero del informe explicativo que acompañó a la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre normas armonizadas para un acceso justos a los datos y su utilización (Ley de Datos). Documento COM(2022) 68 final. Bruselas, 23 de febrero de 2022. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0068. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Se le impone asimismo la obligación de proporcionar una información exhaustiva sobre todas las categorías de datos y activos digitales que puedan ser exportadas (letra e), así como la especificación de las categorías de datos específicas del funcionamiento interno del servicio de tratamiento de datos del proveedor que deben quedar excluidas de los datos exportables, "cuando exista un riesgo de violación de secretos comerciales del proveedor –siempre que ello no impida el cambio" (letra f). En fin, la letra h) del mismo apartado segundo, impone también que el contrato deberá contener una cláusula que garantice la supresión total de los datos exportables y activos digitales generados directamente por el cliente o relacionados con el mismo, una vez finalizado el "periodo de extracción", siempre que el proceso haya finalizado con éxito.

Se establece así una regulación detallada que ha de tener impacto en muchos contratos de suministro de servicios digitales previstos en la DCSD, y que completará el contenido mínimo de los contratos que en esta última se imponían, en lo relativo en particular a este régimen de portabilidad, que replica, también para los datos no personales y "activos digitales" (definidos en el artículo 2, número 5, como "elementos en forma digital, incluidas las aplicaciones, para los que el cliente tiene derecho de uso, independientemente de la relación contractual establecida con el servicio de tratamiento de datos del que el cliente se pretende cambiar").

IV.- INCORP0RACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 AL DERECHO ESPAÑOL

1.-Panorama comparado de la transposición de la DCSD en los EEMM

Parece claro que el impacto que las importantes novedades que introduce la DCSD (y de la DCL, su Directiva gemela) en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros depende, en buena medida, del marco de implementación general en cada uno de ellos. Consideran De Franceschi y Schulze (2023:6) que al respecto ha resultado crucial en qué código o norma legal se hayan transpuesto por cada Estado miembro estas directivas, y si la transposición ha impactado en la estructura de la

previa regulación del Derecho de obligaciones y contratos, en el Derecho de consumidores, u otras áreas normativas como la Propiedad intelectual o la Protección de datos.

El estudio sobre la transposición de ambas directivas en los EEMM que han coordinado ambos autores (De Franceschi y Schulze. 2023:7) demuestra un panorama diverso. En varios EEMM se ha optado por transponer una o ambas directivas en nuevas leyes al margen de los códigos existentes (Rumania, Croacia o Malta en cuanto a la DCSD). En otros casos se ha preferido integrarlas en códigos existentes, bien en materia de consumidores (Bulgaria, Finlandia, Francia, Italia, y Letonia, o Malta solo en lo que se refiere a la DCSD), bien en el código regulador de las obligaciones y contratos (Estonia o Croacia), en la ley preexistente sobre venta de bienes (Dinamarca) o en el código civil (caso de Países Bajos, Alemania y, en buena medida, República Checa).

También se señalan importantes diferencias en cuanto a la forma de abordar la incorporación de ambas directivas a los ordenamientos nacionales, bien optando por una copia cuasi literal de sus preceptos, o bien buscando una conjunción con los conceptos jurídicos ya acuñados en la regulación nacional (caso de Alemania con el BGB).

Ha de recordarse, al iniciar la exposición de la concreta transposición de la DSCD al Derecho español, que dentro de los condicionantes propios de la incorporación del Derecho a la UE a las legislaciones nacionales es propio de las directivas el que las mismas impongan únicamente una obligación de resultado, correspondiendo a la discrecionalidad de cada EM el determinar los medios, normativos o de otro tipo, a través de los cuales conseguir tales resultados[103]. No será sin embargo necesaria ninguna medida expresa de adaptación cuando el objetivo marcado por la Directiva ha sido alcanzado por la legislación del Estado miembro[104]. Sin embargo, en relación con esta última posibilidad, hay que tener en

[103] "La directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". Artículo 288 TFUE.

[104] Así se estableció en la sentencia TJUE de 21 de mayo de 1985, *Comisión/R. F. de Alemania*, C-248/83, ECLI:EU:C:1985:214, apdo. 49.

cuenta la más reciente jurisprudencia del TJUE, que ha establecido que incluso cuando una directiva no exija transposición por estar ya cumplidos los objetivos establecidos en ella, si la directiva establece expresamente la obligación de que EEMM garanticen que las disposiciones nacionales en virtud de las que se da cumplimiento tienen que hacer referencia a dicha directiva, o vayan acompañadas de tal referencia en su publicación oficial. Por ello, los EEMM están obligados a adoptar un acto positivo de transposición de la directiva de que se trata (esta cuestión, conocida como "cláusulas de interconexión" entre la legislación preexistente y la directiva ulterior, está siendo objeto de intenso debate entre la Comisión y los EEMM en el Grupo de Trabajo de la Comisión Europea "EU Law Network", que analiza con representantes de los EEMM los aspectos técnicos relativos al efectivo cumplimiento del Derecho de la UE)[105].

Desde luego, la obligación de resultado que comporta una directiva no exige en modo alguno "que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, y que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso" [106].

Siendo esto así, lo cierto es que el legislador español cada vez con más frecuencia, ha ido optando por una reproducción tendente a la literalidad de los preceptos de las directivas, en las disposiciones nacionales de transposición. Esto se puede apreciar con claridad en lo que afecta a la incorporación de la DCSD al Derecho español a través de la LGCU, y supone una técnica contraria a la sin duda preferible de atender a una integración cuidada entre las normas existentes y las normas europeas, que como se ha señalado, tiene la ventaja de que la regulación resultante resulte más fácilmente comprensible y aplicable por los destinatarios (Arzoz Santisteban. 2013:89).

[105] Véase, por todas, la sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, *Comisión/Irlanda*, C-550/18, EU:C:2020:564, apartado 31 y jurisprudencia citada.
[106] Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2001, *Comisión/Italia*, C-49/00, ECLI:EU:C:2001:611, apdo. 21, y jurisprudencia citada

En términos generales, la transposición efectuada por el Real Decreto-Ley 7/2021[107], opta por un enfoque centrado en los contratos de consumo y desde la óptima más garantista de los derechos de los consumidores.

Esta es la opción también seguida en los principales EEMM de nuestro entorno. Así, en el caso de Francia, donde también se ha optado por incluir la regulación en el marco del derecho de consumidores (*Code de la consommation)*, y por tanto aparte de la regulación general de contratos contenida en el Código Civil. También se optó en dicho país por una transposición conjunta de la DCSD y la DCL, sin abordar, como algún autor propugnaba, la oportunidad que se presentaba para una revisión completa del derecho de ventas francés (Borguetti. 2023:251).

En la norma francesa de transposición de la DCSD y la DCL, la *Ordonnance nº. 2021-1247* de 29 de septiembre de 2021, no se especifica la naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos servicios digitales, figura que no se corresponde con ningún contrato típico francés, y puede encarar en varias tipologías de los que sí lo son. La regulación, en cuanto al suministro digital, incluye en el ámbito de aplicación de la disposición a todos los contratos en que medie contraprestación, celebrados entre empresarios y consumidores. Ello permite incluir tanto contratos en que medie precio como aquellos en que la contraprestación pactada sea otro tipo de beneficio, que sustituya en todo o parte al precio (Senechal. 2021:266).

En cuanto a la regulación del contrato de suministro digital a cambio del uso de datos personales del consumidor, la norma de transposición francesa equipara la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones emanadas del RGPD a un supuesto de falta de conformidad, permitiendo recurrir a las medidas reparadoras previstas en tales casos. Sin embargo, no existe una previsión específica para el caso de revocación del consentimiento del consumidor al tratamiento de sus datos personales.

[107] Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE nº. 101, de 28 de abril de 2021, páginas 49749 a 49924.

En el caso portugués, también ha sido conjunta la transposición de ambas directivas, DCSD y DCL, verificada también mediante la fórmula del decreto ley[108] emanado del Consejo de ministros portugués. La norma lusa restringe también su aplicación al ámbito de los contratos con consumidores. Como mención particular, cabe señalar que el mismo incluye, en materia de remedios ante la falta de conformidad, un nuevo motivo para que el consumidor pueda reclamar una reducción del precio o instar la resolución del contrato, el que una vez adoptadas medidas para reestablecer una primera falta de conformidad, se haya puesto de manifestó por segunda vez una no conformidad del contenido o servicio digital suministrado. Destaca igualmente la inclusión, en la regulación lusa, de un precepto que, siguiendo lo señalado por el considerando 18 DCSD, establece la responsabilidad del proveedor de una plataforma en línea cuando, actuando con fines relativos a su actividad, deba ser considerado socio contractual del empresario que suministra el contenido o servicio digital: en tales casos, se establece que dicho proveedor será responsable solidariamente con el empresario de la falta de conformidad. A efecto de la aplicación d esta regla, se determina que se le considerará como tal "socio contractual" cuando haya ejercido una influencia predominante en la conclusión del contrato, lo cual se entenderá que sucede, entre otros casos, cuando el contrato se concluya o el pago se verifique a través de vías ofertadas por el proveedor de la plataforma, o este haya determinado los términos del contrato celebrado con el consumidor (Morais Carvalho. 2023:532).

En cuanto a la transposición de la DCSD al derecho italiano, verificada mediante el Decreto legislativo de 4 de noviembre de 2021, nº. 173[109], también ha vertido la regulación a la normativa específica sobre contratos con consumidores, y no a la general de contratos del Código civil, que como señala De Franceshi (2023:382), permanece intocado por la digitalización e impermeable a los desarrollos del Derecho privado europeo. En Alemania, por el contrario, tanto la DCSD como la DCL han sido incorporadas al Derecho nacional a través del Código

[108] Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro. Diário da República n.º 202/2021, Série I de 2021-10-18, páginas 4 – 29.

[109] Decreto legislativo del 04/11/2021 n. 173. Attuazione della direttiva (UE) 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. Gazzetta Ufficiale n. 282 del 26 novembre 2021.

civil (BGB), continuando el camino iniciado décadas atrás de transponer el Derecho UE de consumidores en esta norma general (Schulze. 2023.278).

En general, puede considerarse que la transposición de la DCSD en los distintos EEMM ha sido correcta, sin que se tenga constancia de procedimientos seguidos por la Comisión por considerar que la misma haya sido incorrecta o insuficiente en alguno de ellos.

La Comisión sí abrió varios procedimientos de infracción, con base jurídica en el artículo 258 TFUE[110], por no haberle comunicado varios EEMM las medidas de transposición adoptadas en el plazo fijado en el artículo 24 de la DCSD[111]. Esta suele ser la reacción habitual en los supuestos de retraso en la transposición de directivas, que provocan la remisión por la Comisión de una carta de emplazamiento al EM que no ha comunicado las medidas de transposición.

Entre dichos EEMM figuran Letonia -procedimiento de infracción INFR (2021)0461-, Grecia -INFR(2021)0404-, Italia -INFR(2021)0443-, Suecia -INFR(2021)0497-, Polonia -INFR(2021)0479-, Chipre -INFR(2021)0380-, Malta -INFR(2021)0467-, Francia -INFR(2021)0425, Finlandia -INFR(2021)0418-, Eslovenia -INFR(2021)0503-, Bélgica -INFR(2021)0368-, Portugal -INFR(2021)0484-, Rumanía -INFR(2021)0491-, Irlanda INFR(2021)0438-, Croacia -INFR(2021)0428-, Estonia -INFR(2021)0397-, República Checa -INFR(2021)0388-, Luxemburgo -INFR(2021)0456-, Países Bajos -INFR(2021)0472-[112].

[110] Artículo 258 TFUE: "Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

[111] Artículo 24 DCSD: " A más tardar el 1 de julio de 2021, los Estados miembros adoptarán y publicarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. Los Estados miembros aplicarán dichas medidas a partir del 1 de enero de 2022. Cuando los Estados miembros adopten dichas medidas, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las medidas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva".

[112] Información obtenida de la base de datos de procedimientos de infracción que la Comisión publica y actualiza periódicamente. Puede consultarse, en relación con estos procedimientos de infracción que se citan, en https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en&langCode=EN&version=v1&typeOfSearch=byCase

Ninguno de estos procedimientos ha determinado que la Comisión haya llevado a algún EM ante el TJUE por no transponer la DCSD, habiéndose cerrado todos ellos por la Comisión, en algunos casos tras el envío de un dictamen motivado, paso previo a la posible denuncia ante el TJUE por incumplimiento que finalmente no fue necesaria, por la comunicación de las medidas de transposición exigidas (fue el caso de Polonia y Eslovenia).

Ello con la sola excepción de Eslovaquia, objeto del procedimiento de infracción INFR(2021)510, que ha continuado su tramitación habiéndose remitido por la Comisión dictamen motivado a dicho EM el 22 de septiembre de 2022, sin que a la fecha conste que se haya adoptado la decisión de presentar demanda ante el TJUE, y constituyendo el único procedimiento de infracción abierto por la Comisión en el momento de concluir este trabajo en relación con la DCSD[113].

De esta información cabe deducir que, con algún retraso en el caso de una veintena de EEMM, la DCSD ha sido debidamente incorporada a las legislaciones nacionales, de acuerdo con la valoración de la Comisión (con la citada excepción de la República de Eslovaquia, que se encontraría aún pendiente de completar y comunicar dicha transposición).

El hecho de no constar otros procedimientos de infracción por incorrecta transposición lleva a considerar que dicha incorporación ha respetado las exigencias de armonización parcial exigidas por la DCSD, y se ha considerado, como decimos, correcta por parte de la Comisión. No hay tampoco constancia, al cerrar estas líneas, del planteamiento de ninguna cuestión prejudicial en relación con alguna de estas transposiciones al derecho nacional[114].

&page=1&size=10&order=desc&sortColumns=refId&policyArea=JUST-119&title=digital%20content . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[113] Ibidem. https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=EN&typeOfSearch=false&active_only=0&noncom=0&r_dossier=INFR(2021)0511&decision_date_from=&decision_date_to=&title=&submit=Search&langCode=EN . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[114] Como única excepción debe citarse la cuestión prejudicial alemana C-641/19, en la que el tribunal nacional de remisión (el *Amtsgericht Hamburg,* Tribunal de lo Civil y Penal de Hamburgo) solicitó del TJUE la interpretación del artículo 2, apartado 1, de la DCSD, en la segunda pregunta que se le planteó (en relación con la noción de "contenidos digitales"). La cuestión fue resuelta por la sentencia de 8 de octubre de 2020, asunto *PE Digital,* C-641/19, ECLI:EU:C:2020:808, en la que el TJUE abordó la interpretación del concepto en relación únicamente con la Directiva 2011/83/UE, sin hacer referencia a la DCSD.

2.- Regulación en España del Derecho de protección de consumidores.

La regulación de los contratos de consumo en España parte de la protección constitucional que establece el artículo 51, apartado primero[115], de la Constitución Española, dentro del capítulo tercero ("De los principios rectores de la política social y económica") de su Título primero.

La protección adicional que, a la hora de celebrar contratos, requieren lo consumidores, deriva del hecho de que hoy en día, la práctica totalidad de los contratos que estos celebran contienen cláusulas generales, y no responden ya a un esquema negocial clásico de contratación negociada bilateralmente. La presencia por ello habitual de cláusulas predispuestas, que son aceptadas por los consumidores sin posibilidad de alterar el contrato tipo que le es propuesto, determina que, además de los controles ordinarios relativos a la autonomía de la voluntad privada, sea necesario establecer unos controles especiales para la esa modalidad de contratación, que controle los posibles contenidos, así como el consentimiento prestado por el consumidor en tales casos (Cañizares Laso, Zumaquero Gil. 2022:56). En definitiva, se trata con ello de equilibrar las respectivas posiciones ocupadas por las partes en este tipo de contratación, donde como hemos ya ido señalando, existe una posición de ventaja en el empresario por su mayor imposición y capacidad de imposición en las condiciones de la negociación.

La articulación normativa de la protección de consumidores en España se establece a través de una norma general, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios[116] (hoy recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, y a la que nos referiremos como LGCU). Este marco general se completa por una serie de leyes especiales que regulan ámbitos concretos de la contratación con consumidores, entre las cuales podemos citar normas como la Ley de crédito al

[115] "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".
[116] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE nº. 287, de 30/11/2007.

consumo[117], la Ley de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico[118], la Ley de crédito al consumo[119] o la Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros[120], entre otras cuyo número crece de manera continuada.

En gran medida, el contenido de la LGCU responde a la incorporación de numerosas directivas, en materia de consumo, adoptadas en la Unión Europea. Como recuerda Cámara Lapuente (2022:83), la aprobación de la LGCU precedió en el tiempo a una revisión de las principales directivas UE en materia de consumo, a fin de mejorar su sistemática y coherencia, en una actualización del acervo que ha ido comportando un cambio de enfoque, inicialmente enfocado en una armonización mínima, y que ahora persigue una armonización plena de los aspectos regulador por el legislador comunitario.

Debe recordarse que, en el ámbito de la legislación contractual, la materia de protección de consumidores, es una competencia compartida entre la UE y los EEMM como establece el artículo 4, apartado segundo, letra f), del TFUE. El artículo 12 TFUE establece, como en una especie de paraguas, la obligación de tener en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores al establecer y ejecutar las políticas y acciones de la Unión

Pero como es sabido, una vez actúa la UE, la normativa comunitaria ocupa el lugar de la norma regulatoria, desplaza a las normas nacionales existentes. En estos casos de competencia compartida, la legislación UE debe respetar dos principios, el de subsidiariedad y el de proporcionalidad, para no interferir de modo indebido con la competencia propia de los Estados miembros.

Debe justificarse que los objetivos de la acción propuesta no se alcanzan debidamente y de modo suficiente por los EEMM de manera individual. En el caso de consumidores, por el tipo de bien protegido y la particularidad de la

[117] Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. BOE nº. 151, de 25/06/2011.
[118] Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. BOE nº. 162, de 07/07/2012.
[119] Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. BOE nº. 151, de 25/06/2011.
[120] Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. BOE nº. 166, de 12/07/2007.

liberalización de un mercado con libre circulación de bienes y servicios, el principio de subsidiariedad puede limitar poco la capacidad de regulación de la Unión.

El principio de proporcionalidad tiene más alcance, e implica también que la acción de la UE en el ámbito de consumidores debe quedar limitada a lo estrictamente necesario para la consecución de sus objetivos. Eso implica que, una vez decidida, debe dejar el máximo espacio posible a la acción individual de cada EEMM en la materia. El principio se ha puesto en práctica mediante la legislación a través de directivas como vehículo normativo comunitario.

En fin, y como también se ha apuntado en el capítulo segundo, la adopción de la Estrategia MUD en 2015 supuso también una reorientación del Derecho de consumo de la UE, que empezó a prestar atención a la protección de los consumidores en el entorno digital, y que está manteniendo su enfoque en relación con la economía de plataformas, la IA, la protección de datos y la propiedad intelectual (Cámara Lapuente. 2022: 86).

Así, señala Tapia Hermida (2022:9-13) cómo en el año 2021 la normativa de consumo en la Unión Europea –y por ello, también en España- experimentó importantes modificaciones, tanto desde un punto de vista cuantitativo, por el número de normas a que afectaron las reformas, como también cualitativo por la importancia y sustantividad de las modificaciones introducidas, que afectaron a cuestiones como la digitalización de bienes, servicios y contratos, o por adentrarse en la identificación de colectivos. Considera igualmente que estas reformas participan de dos tendencias regulatorias muy marcadas de la Economía que vienen desde hace tiempo haciéndose presentes en el ámbito mercantil, el derecho de consumo y el sistema financiero: la digitalización y la sostenibilidad. En lo relativo a la primera, entiende exige reforzar la protección de los consumidores ante los fenómenos que la misma comporta en cuanto comportan efectos negativos para los mismos (así, en referencia por ejemplo a la progresiva deslocalización de servicios y la llamada "brecha digital").

La adopción de la DCSD responde a ese nuevo enfoque de la normativa UE de consumidores. En España es preciso referirse a dos normas para estudiar la transposición de la DCSD a su ordenamiento jurídico, que son el Real Decreto-Ley

7/2021, de ámbito nacional, y el Decreto-Ley 27/2021, de ámbito autonómico catalán, a las que nos referiremos seguidamente.

3.- El Real Decreto-Ley 7/2021.

A) La opción de transponer la DCSD al Derecho español mediante real decreto-ley

Tanto la DCSD como la DCL han sido objeto de transposición en el Derecho español mediante una modificación de la LGCU, por la que se incorporaron las obligaciones dimanantes de ambas directivas. Dicha modificación se operó mediante el Real Decreto-Ley 7/2021[121] (RD-L 7/2021 en adelante).

La opción del legislador español para transponer la DCSD, junto a otras, por la vía del real decreto-ley, se adoptó ante la acumulación de procedimientos de incumplimiento abiertos contra por la Comisión Europea, por no comunicación de las medidas de transposición de diversas directivas. En ese momento, había distintas directivas pendientes de transposición, debido al retraso que en los procedimientos legislativos se había producido como consecuencia de la repetición de elecciones generales en 2019, y por el periodo de Gobierno en funciones durante un plazo prolongado que había precedido a los comicios anterior. A ello se sumaron los retrasos en los procedimientos legislativos y de otro orden como consecuencia de la epidemia de COVID-19, todo ello según se explica en la exposición de motivos del RD-L 7/2021

El Gobierno consideró que la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retrasos en la incorporación al derecho español de diversas de

[121] Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE nº. 101, de 28 de abril de 2021, páginas 49749 a 49924.

directivas, constituía un supuesto de especial gravedad de los previstos en el artículo 86 CE, encontrándose en consecuencia justificado recurrir a este procedimiento legislativo extraordinario que el texto constitucional habilita al ejecutivo. No fue un caso aislado. La elevada utilización del decreto-ley fue cada vez más frecuente en ese año, como señala Bercovitz Rodríguez-Cano (2021:3), que apunta que aun sin haber finalizado el mes de diciembre de 2021, se habían aprobado por el Gobierno 29 decretos-leyes, frente a 19 leyes y 11 leyes orgánicas publicadas en el BOE durante ese año. Y desde luego, el 7/2021 no fue el único por el que se transpusieron directivas comunitarias ese año[122], en lo que se denominan reales decretos-leyes "ómnibus", por su amplio y diverso contenido, práctica que se ha ido consolidando con el tiempo[123]. Debe señalarse sin embargo que la transposición de directiva mediante decreto ley no era algo nuevo en ese año 2021, sino que existían precedentes, pudiendo citare como muestra el Real Decreto-Ley 9/2017[124].

Llama la atención Bercovitz Rodríguez-Cano (2021:4) sobre la habitualidad que ha adquirido el empleo del decreto-ley para la transposición de directiva de la UE a ordenamiento español, que llegó a convertirse en el procedimiento habitual en ese año 2021 salvo en aquellos casos en que la materia no lo permitió, por exigir la regulación el rango de ley orgánica. Se llegó incluso en esta práctica a "formularizarse" la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad de

[122] Véase también el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. BOE nº. 263, de 3 de noviembre de 2021, páginas 133204 a 133364.

[123] Más reciente, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. BOE nº. 154, de 29 de junio de 2023, páginas 90565 a 90788.

[124] Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. BOE nº. 126, de 27 de mayo de 2017, págs. 42820 a 42872.

incorporar la norma de la UE, y presentando una serie de características comunes[125], que comparte el RD-L 7/2021 que nos ocupa. Ello es consecuencia, como también indica el citado autor, del cada vez más frecuente incumplimiento del plazo de transposición, con el consiguiente riesgo de demanda por parte de la Comisión ante el TJUE, y la correspondiente sanción por incumplimiento del artículo 260, apartado 2, TFUE[126].

Pese a ello, algún autor (Delgado Sáez. 2022:858) afirma que aún debía haberse aprovechado la norma para transponer más directivas pendientes de incorporación en aquel momento, en concreto la Directiva (UE) 2019/2161, por la conexión que entendía existía de la misma con la DCSD y la DCL[127].

---

[125] "Tan es habitual [la utilización del decreto-ley para la transposición de directivas de la Unión Europea] que el Gobierno utiliza un extenso texto uniforme en el Preámbulo de cada decreto-ley de transposición de directiva para cumplimentar el requisito de explicar las razones por las que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad. Basta con leer los preámbulos del Real Decreto-ley 7/2021 […], y del Real Decreto-ley 24/2021 […], , para comprobar lo dicho. Ambos preámbulos cuentan con un extenso apartado I en que se exponen detalladamente los argumentos que respaldan la utilización del sistema de decreto-ley, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional. Con alguna variante secundaria se reproducen literalmente los mismos argumentos; también con el mismo añadido final, copia del límite absoluto al decreto-ley que el art. 86.1 CE […]. Obsérvese que la transcripción del título de los dos mencionados Decretos-leyes pone de relieve que, además, se ha pasado a utilizar la fórmula para transposiciones masivas de multitud de directivas referidas a las más diversas materias, dedicándose un Título o Libro de los mencionados Decreto-leyes a cada una de ellas. Ni que decir tiene que ello da lugar a textos legislativos kilométricos. Así el Real Decreto-ley 7/2021 consta de ocho Títulos y ocupa unas 180 páginas de BOE; el Real Decreto-ley 24/2021 consta de siete Libros y ocupa unas 160 páginas". Bercovitz Rodríguez-Cano (2021:5).

[126] "…la transposición del Derecho europeo se produce normalmente a golpe de Decreto-ley. Cada vez se incurre más en el incumplimiento del plazo de transposición. Y cuanto mayor sea el retraso, mayor será el riesgo de que la Comisión nos sancione. Lo que a su vez abre la puerta a apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 86 CE. Cuanto más incumple el Gobierno el deber de transponer tempestivamente las directivas de la Unión, más se justifica la urgente necesidad exigida por el artículo 86 CC, puesto que -en palabras del Tribunal Constitucional, como ya ha quedado reseñado antes-, si la urgencia existe, no importa que se deba a culpa del Gobierno". Bercovitz Rodríguez-Cano (2021:7). En el mismo sentido, Cámara Lapuente (2021:4): "Con no poca sorpresa para todos los operadores jurídicos, el BOE de 28 de abril de 2021 publicaba el Real Decreto-ley 7/2021 (, aprobado el día anterior en Consejo de Ministros, en el que se transponían numerosas Directivas de la Unión Europea de temas dispares con el único sedicente argumento de la extraordinaria y urgente necesidad, habida cuenta de las cuantiosas multas coercitivas impuestas recientemente a España por transposiciones tardías. En la última parte de ese RDL (título VIII, art. 16º), convalidado dos semanas después sin modificación alguna por el Congreso, se procedía a modificar el TR-LGDCU (RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre) para operar la «transposición de directivas de la Unión Europea en materia de contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales», según reza la rúbrica del título, apocopada en el título del RDL como directivas de «defensa de los consumidores», esto es, respectivamente, las Directivas 2019/771 y 2019/770, ambas de 20 de mayo de 2019.

[127] "Junto a la Directiva (UE) 2019/770 y Directiva (UE) 2019/771, se podía haber transpuesto 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

En todo caso, la transposición de las directivas de la UE mediante real decreto-ley ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su sentencia STC 329/2005, de 15 de diciembre[128], si bien entendiendo que no podía establecerse como única justificación de la concurrencia del presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad) la mera expiración del plazo de transposición y el consiguiente riesgo de demanda del Reino de España ante el TJUE por incumplir sus obligaciones respecto de la entonces CE. Era además necesario justificar la urgencia material de las necesidades en juego que exigían una regulación inmediata por los poderes públicos (en aquel caso, la regulación por primera vez dela transmisión digital de señales de televisión por satélite mediante el sistema de acceso condicional, transponiendo la Directiva 95/47/CE[129]).

Como en este sentido se recordó ulteriormente en su sentencia STC 1/2012, de 13 de enero[130],

> *el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la*

Parlamento Europeo y del Consejo, puesto que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Y opinamos esto debido a la obvia conexión que existe entre las tres Directivas, pues esta última "reformula el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores transpuesta en el TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, incluyéndose en la nueva Directiva los servicios digitales y no sólo los contenidos digitales, ciertos contratos sin contraprestación dineraria, el régimen de la información precontractual y del desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, entre otras cuestiones relacionadas"; y ello con fundamento en que la Directiva (UE) 2019/2161 contaba con un plazo de transposición hasta el 28 de noviembre de 2021, muy próximo en el tiempo al de las otras dos Directivas (1 de julio de 2021), y, finalmente ha sido transpuesta en el Real Decreto- ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes". (Delgado Sáez. 2022:858).

[128] Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2005, de 15 de diciembre. BOE nº 10, de 12 de enero de 2006, ECLI:ES:TC:2005:329.

[129] Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión. DOUE L 281 de 23.11.1995, p. 51–54.

[130] Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012, de 13 de enero. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012. F. J. 9º. ECLI:ES:TC:2012:1.

Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo, y en especial a una postergación del Senado que nuestra Carta Magna concibe como "la Cámara de representación territorial" (art. 69.1 CE).

Ello justifica que, en la motivación de los reales decretos-leyes empleados para la transposición de directivas, se aluda sistemáticamente a otras razones de urgencia además de las derivadas de los compromisos con la UE. En el caso de la DCSD fue, como veremos seguidamente, la urgencia por cubrir el vacío normativo de la regulación de los contratos cuya contraprestación era la cesión del uso de datos personales, así como la urgencia también resaltada de adecuar y completar la regulación del comercio electrónico ante el enorme auge adquirido por el mismo durante los tiempos de la pandemia de COVID-19[131].

No parece la vía del real decreto-ley la forma más adecuada de incorporar una directiva de la UE que, además del ámbito de la protección de los consumidores, interseca en alguna medida con normas regulatorias del derecho español de contratos, incluyendo novedades tan significativas como la comentada de la contraprestación consistente en la cesión del uso de datos personales. Ello sin obviar que esta forma de legislar, como recuerda Cámara Lapuente (2021:6), hurta la consulta pública y el debate parlamentario propio y esencial en el proceso legislativo, y otras consultas preceptivas -añadimos nosotros-, como la obligada al Consejo de Estado en caso de normas por las que se transponga normativa de la UE; también otras de carácter interministerial, propias del proceso preparatorio del anteproyecto de ley, que sin duda enriquecen las propuestas normativas y aseguran su coherencia con el ordenamiento en el que se insertan. Máxime en este caso cuando, como señala el mismo autor, en el caso de la DCSD y la DCL aún se contaba en la fecha de la adopción del RD-L 7/2021 con tiempo todavía para agotar el plazo máximo de transposición (además de tiempo adicional para la aplicación de la normativa, conforme al artículo 24 DCSD), y no existía por tanto riesgo inminente de apertura de un procedimiento de infracción contra España por la Comisión

[131] Justificación de la urgencia y necesidad para recurrir a la vía del real decreto-ley que Cámara Lapuente (2021:7) considera "endeble […] máxime si se tiene en cuenta que estas nuevas normas no entrarán en vigor hasta el 1 de enero de 2022 y que no se ha juzgado con el patrón de la misma imperiosa necesidad la transposición de la Directiva 2019/2161".

Europea por falta de notificación de las normas de transposición de una directiva, con base en el artículo 258 TFUE.

La convalidación del RD-L 7/2021, y por tanto la confirmación de su vigencia normativa, se produjo por Resolución del Congreso de los Diputados de 13 de mayo de 2021[132]. Fueron muy escasas las menciones de los diputados intervinientes en aquella sesión de la Comisión Permanente del Congreso de los Diputados, al contenido material del RD-L 7/2021, más allá de las críticas generalizadas por la mayoría de intervinientes al empleo del decreto ley. Solo hubo en el debate dos menciones a la regulación que se introducía en la LGCU, y una sola relativa a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales[133]. La diputada Sagastizabal Unzetabarrenetxea (PNV), que menciono una general conformidad con el texto del RD-L 7/2021 dado su carácter eminentemente técnico, no dejo de hacer una salvedad significativa en relación con la regulación introducida en la LGCU, entendiendo que "en el caso de la defensa de los consumidores, sí se ha ido un poco más allá de lo que se establece en la directiva y tampoco creemos que se haya contrastado con los sectores implicados".

Por su parte, el diputado Rego Candamil (BNG) manifestó dos críticas concretas al RD-L 7/2021, la segunda de ellas relativa "a la reforma para dar una mayor seguridad jurídica a las relaciones de consumidores y usuarios en materia de contrato de compraventa de bienes y de suministros de contenidos servicios digitales (sic), señalando que, aun considerándolas en general correctas. en relación con la regulación del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, la digitalización en general favorecía una mayor conflictividad en las reclamaciones "que deben ser realizadas online a empresas en sede física y con llamadas a contestadores automáticos". Ello, entendía el diputado, desincentivaba a los consumidores de realizar tales reclamaciones y les avocaba a judicializar la

[132] Resolución de 13 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE nº. 119, de 19 de mayo de 2021.

[133] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Nº. 101, 13 de mayo de 2021. Año 2021, XIV Legislatura, págs. 33 a 48. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-101.PDF

controversia, pero el escaso importe de lo reclamado finalmente los disuadía de formular las demandas. Consideraba que con la regulación introducida en la LGCU no se resolvía esa dificultad, dado regulaba "en abstracto sin atender a la realidad y en beneficio de las grandes compañía". Ello determinó que su grupo parlamentario no apoyase la convalidación.

Como vemos, no tuvo lugar en este trámite de convalidación ningún análisis pormenorizado de la regulación de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, como hubieran propiciado los debates en Comisión y Pleno de una tramitación legislativa ordinaria.

B) Consideraciones sobre el preámbulo del RD-L 7/2025, en lo relativo a la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

La entrada en vigor de la regulación introducida por el RD-L 7/2021 se produjo, conforme a lo dispuesto en su Disposición final octava, el 1 de enero de 2022. Se establecía que la regulación se aplicará no solo a los contratos celebrados desde esa fecha, sino también a los celebrados con anterioridad, para los efectos que desplegasen a partir de entonces. Ello con la excepción de lo dispuesto en los artículos 126 y 126 bis, relativo el primero a la modificación por el empresario de los contenidos o servicios suministrado en los contratos de tracto sucesivo, y el segundo a la posibilidad que se reconoce al consumidor de resolver el contrato en tales casos de modificación del contenido servicio suministrado, cuando ésta le afecte de forma significativa (siguiendo así lo preceptuado para la trasposición en el artículo 24, apartado segundo, DCSD).

El RD-L 7/2021 dedica su artículo decimosexto a la modificación del Texto Refundido de la LGCU, por el que se procede a la transposición de ambas directivas, DCSD y DCL. El apartado IX del preámbulo del RD-L 7/2021 presenta la modificación, incluyendo un recopilatorio de las sucesivas modificaciones de la LGCU que se han debido producir para incorporar directivas de la UE, y justifica en

sus características comunes, "que hacen compartir a ambas regulaciones previsiones coincidentes, únicamente diferenciadas cuando la naturaleza del servicio o contenido digital así lo requiera", el que se aborde conjuntamente su incorporación al Derecho español.

Es interesante también la observación que se realiza en dicho preámbulo en cuanto al concepto de entrega no conforme del bien en ambas directivas, concepto que se entiende acoge las categorías tradicionales del Código civil de los vicios ocultos y la entrega de cosa diversa, invocando la "sentencia del Tribunal Supremo 18/2008, de 17 de enero, con referencia a la Convención de Viena". En este sentido, tras la modificación operada por el RD-L 7/2021, el artículo 116 LGCU establece expresamente la incompatibilidad del régimen de acciones que introducidas como medios de reparación ante supuestos de no conformidad, con el régimen general de saneamiento previsto en el Código Civil. Al respecto, Arroyo Amayuelas (2023a:627) señala la congruencia de tal construcción con el enfoque de plena armonización de los medios resarcitorios ofrecidos en la DCSD al consumidor español, que ya no podrá optar en estos casos entre las normas de la falta de conformidad de la LGCU, y las relativas al incumplimiento recogidas en el Código Civil, si bien se apuntan algunas incoherencias que luego se aprecian en la trasposición de las directivas. Ello no obstante, existe el supuesto del artículo 117, apartado 2, LGCU, al que nos referiremos después, que permite la invocación de leyes distintas que, en casos de vulneración de derechos de terceros que afecten a la conformidad del suministro recibido por el consumidor, abren la vía a otros remedios como la rescisión o la nulidad del contrato.

También, y con relación en concreto a la DCSD, se pone de relieve la novedad regulatoria que constituyen los contratos de suministro digital a cambio de datos personales del consumidor, que se afirmaba en este preámbulo del RD-L 7/2021 carecían de regulación "pues la consideración tradicional de contrato no contemplaba estos supuestos. Es por ello urgente y necesario cubrir este vacío, tanto por la necesidad de tener un marco jurídico estable y armonizado a nivel de la Unión Europea al respecto, como por la necesidad de ofrecer a los consumidores o usuarios una protección integran en sus distintas formas de contratación". Nos remitimos a

lo dicho anteriormente en cuanto a la necesidad de invocar razones de urgencia adicionales a las de la expiración del plazo de transposición de una directiva UE.

Se resaltaba a continuación que dicho vacío regulatorio se había agravado por la crisis sanitaria del COVID-19, dado que las "medidas de confinamiento han destacado el papel fundamental de las tecnologías digitales en la vida de las personas, permitiendo comprar bienes esenciales que, de otra manera, no serían asequibles y acceder a los servicios a pesar de las restricciones". Siendo la apreciación acertada con carácter general (la misma se extrajo de la "Nueva Agenda del Consumidor", comunicación publicada por la Comisión Europea sobre la futura evolución de la política europea de consumidores para el período 2020-2025[134]), no se entiende bien la relación con el vacío normativo al que se alude, que como hemos indicado hacía referencia a la modalidad de pago mediante la cesión de datos personales.

Se cerraba el preámbulo que venimos comentando, en esta parte, con una reiteración de la urgencia con la que era preciso actualizar la normativa de consumo "en un momento en el que ha aumentado de forma exponencial el comercio electrónico, y en el que las formas de contratación han sufrido una importante evolución", a fin de regular el suministro de contenidos y servicios digitales que garantizase los derechos de consumidores y usuarios, haciéndose una final alusión al entonces "contexto de crisis sanitaria", que justificó a ojos del legislador dicha actualización de la normativa de consumo "para abarcar estas nuevas formas de contratación disruptivas que no cuentan hasta la fecha con respaldo normativo". Poca relación cabía encontrar en ese momento, más allá de la innegable expansión que había tenido el comercio electrónico durante los periodos de confinamiento que hubo que adoptar durante la pandemia de COVID-19.

Volviendo a las novedades que se aportan por el RD-L 7/2021 al Derecho español, una de las principales la constituye, desde luego, la regulación del contrato de suministro digital, no así la del contrato de compraventa derivado de la DCL, que supone únicamente una adaptación de una modalidad contractual ya existente a las novedades tecnológicas y nuevas formas de consumo (Arroyo Amayuelas. 2022:5).

[134] Sentencia TC 1/2012, de 13 de enero. BOE nº 36, de 11 de febrero de 2012. ECLI:ES:TC:2012:1, F. J. 9.

Asimismo, el legislador español ha incrementado en su regulación la protección del consumidor en aquellos escasos aspectos en que la DCSD lo permitía, principalmente en cuanto a la extensión de determinados plazos en favor de dicho consumidor, como veremos seguidamente.

C) La regulación introducida por el RD-L 7/2025 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

Los tipos de contratos objeto de la regulación por la LGCU tras el RD-L 7/2021 son el de compraventa, por un lado, y el contrato genérico de suministro de contenidos y servicios digitales, del que no se establecen tipologías diferenciadas en función, por ejemplo, del tiempo de duración pactado del suministro, como subraya Arroyo Amayuelas (2023a:629). La misma autora entiende que la opción del legislador español de no trasladar la regulación genérica del suministro de contenidos o servicios digitales establecida en la DCSD, en modalidades típicas de contratos (servicios, obra, arrendamiento, etc.) es absolutamente comprensible, tanto para dejar abierta la regulación a futuros modelos de negocio que podrán requerir tipos contractuales distintos, como para evitar una extenuante reiteración de preceptos en cada una de las regulaciones contractuales típicas (Arroyo Amayuelas. 2023b:4).

Entendemos además que este y no otro ha sido el enfoque del legislador europeo, que se ha acogido por buena parte de los legisladores de otros EEMM e, incluso dentro de España por el legislador autonómico catalán, como veremos más adelante.

Otro aspecto a comentar es la delimitación del ámbito subjetivo de la nueva regulación incluida en la LGCU. Es significativo el cambio terminológico que supone la utilización generalizada del término “empresario”, ya previamente recogido en el artículo 4 de la LGCU, en relación con la regulación del suministro de contenidos y servicios digitales (particularmente a partir del artículo 114 LGCU), acomodándose así a la terminología de la DCSD.

Sin embargo, la transposición ha mantenido la estricta delimitación de la regulación a los contratos con consumidores siguiendo la definición contenida en el artículo 3 LGCU, que ha de recordarse va más allá de las personas físicas del artículo 2, número 6, DCSD, al incluir, a "las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". La única excepción sería la previsión del artículo 125, apartado 2, LGCU, para la acción de regreso que se reconoce a aquel contra quien haya reclamado el consumidor. Se ha recordado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha extendido la noción de consumidor también a los contratos, que previsiblemente se mantendrá con esta regulación del suministro de contenidos o servicios digitales, y que no deja de presentar dudas en cuanto al criterio que debería predominar en tales casos –la finalidad principal al contratar, o la actividad comercial residual-, dado el enorme cambio que las actividades comerciales digitales están propiciando en el concepto tradicional de consumidor, al resultar cada vez más complejo discernir el uso profesional y el personal ante la adquisición de contenido digital (Arroyo Amayuelas. 2023b:6).

Esto ha llevado a algún autor a señalar que el legislador español hubiese debido ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la nueva regulación, particularmente considerando los contratos con doble objeto o mixtos, o la posibilidad de haber incluido como tales consumidores a las PYMES (Ferrer Guardiola, 2021:171).

Pasando ya al examen del artículo decimosexto del RD-L 7/2021, rubricado "Modificación del 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". En él, se modifican los artículos 53, 59, 59 bis, 62, 66 bis, 74, 114, 115, 115 bis, 115 ter, 115 quater, 116, 117, 118, 119, 119 bis, 119, ter, 119 quater, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 126 bis, 127, 127 bis y 155 de la LGCU.

Las modificaciones de contenido sustantivo exigidas por la DCSD se incorporan en el Libro segundo, (Contratos y garantía), título I (Contratos con consumidores y usuarios) LGCU. Se mantiene la estructura previa del título IV del

Libro II LGCU, con la única alteración de añadir un capítulo al mismo, el IV que integra los artículos 126 y 126 bis, dedicado a la modificación de los contenidos o servicios digitales. El anterior capítulo IV, sobre las garantías comerciales, pasa a ser el V.

Las modificaciones introducidas en la LGCU, como puede verse, incluyen fundamentalmente adiciones en los artículos preexistentes, y la inclusión de nuevos artículos bis, ter o incluso quater, sin duda a fin de respetar la estructura de capítulos y, sobre todo, la numeración de los preexistentes y los otros libros de la LGCU. No obstante, se ha señalado que igual hubiese sido más conveniente dedicar un libro específico -que hubiera podido ser el V-, a la novedad que constituye la regulación de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, si bien la opción pudo descartarse por no tener tampoco la LGCU un capítulo específicamente dedicado al contrato de compraventa (Arroyo Amayuelas. 2022:13).

En la parte dedicada a las disposiciones generales que se contiene en su capítulo primero, se incluye en el artículo 59 LGCU una de las principales novedades de la regulación, y mediante la adición de un apartado cuarto a dicho artículo, se extiende el ámbito de aplicación de la LGCU a los contratos de suministro digital a cambio de datos personales del consumidor, en una redacción que replica, con algún pequeño cambio, el artículo 3, apartado 1, segundo párrafo, de la DCSD.

La redacción de la LGCU sigue en este punto el enfoque de la DCSD, evitando considerar de manera expresa la cesión de uso de los datos de consumidor como precio del contrato. Así en el artículo 119 ter de la reforma introducida, relativo a la resolución del contrato, su apartado segundo recoge la excepción a tal remedio en caso de que la no conformidad sea leve conforme a lo dispuesto en el artículo 14, apartado 6, DSCD, de acuerdo con el mismo excluye la regla "cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación". Sin embargo, en el artículo 119 ter, apartado segundo, al tratar la resolución del contrato, sí se alude expresamente a la facilitación de los datos personales "como contraprestación".

Cámara Lapuente, además de resaltar la importancia de esta mención expresa a la cesión del uso de datos como auténtica contraprestación del contrato

(2021:22), infiere determinadas consecuencias del hecho de que se haya insertado la extensión del ámbito de aplicación de la LGCU a esta modalidad contractual en su artículo 59, apartado 4, y no en otro posterior como el 114 al regular la conformidad. Entre tales consecuencias estaría el sometimiento de esta concreta modalidad contractual al régimen de cláusulas abusivas de la LGCU, y con ello al control de transparencia, así como el régimen de información precontractual y de desistimiento en contratos a distancia y fuera de establecimiento (Cámara Lapuente 2021:33-35).

Nos parece, sin embargo, que la ubicación sistemática en el artículo 59 LGCD que se hace de la modalidad contractual de los contratos de suministro digital en que se sustituye el precio por el uso de datos personales del consumidor no es inadecuada. El posponer a la regulación del título IV de la norma la mención expresa de este tipo de contratos no hubiese dejado también de incluirlos con plenitud entre aquellos negocios celebrados entre consumidores y empresarios y, por tanto, con las consecuencias señaladas.

En el artículo 59 bis LGCU, el RD-L 7/2021 modificó significativamente el elenco de definiciones aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Aunque ya figuraba el de "contenido digital" (letra i: "los datos producidos y suministrados en formato digital"), se incorporan aquellas definiciones contenidas en la DCSD y en la DCL que no figuraban anteriormente en la norma española, tales como el de "servicio digital" (letra o), que también reproduce, en un único párrafo, la definición de las letras a) y b) del artículo 2, apartado 2, de la DCSD) "bienes con elementos digitales (letra a)), "datos personales" (letra h), que reproduce la definición del RGPD), "compatibilidad" (letra c)), "entorno digital" (letra j), "integración" (letra n)) o "funcionalidad" (letra l).

Destaca asimismo la inclusión de otros conceptos derivados de la DCSD que no figuran en el artículo 2 de aquella, sino que resultan de su regulación, como el de la letra b), "bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor o usuario", necesario para ajustar la exigencia de conformidad subjetiva del artículo 7 DCSD. Es significativa, en la modificación de este artículo, que de la preexistente definición de contrato de venta o compraventa (hasta entonces incluido en el

apartado a), y desde el RD-L 7/2021 en el apartado f), la supresión de la mención al precio como elemento del mismo, pero sin incluir ninguna referencia novedosa como alternativa. Por otro lado, recogiéndose en este elenco de definiciones las de contrato de servicios (letra g) y la de contrato de compraventa o venta (letra f), no se haya recogido la de contrato de suministro. Se han insertado así en este artículo 59 bis hasta siete definiciones novedosas, si bien las mismas adolecen de una adecuada sistematicidad. Como señala Cámara Lapuente (2021:19), hubiera sido deseable que el listado presentase un mejor orden conceptual y lógico.

Otras dos modificaciones se incluyen en este capítulo de disposiciones generales. Por un lado, el artículo 62 relativo al contrato, ve añadido un nuevo apartado quinto, que para aquellos de tracto sucesivo, prevé que en caso de que el consumidor incumpla el compromiso de permanencia adquirido, la penalización que pueda imponérsele sea proporcional al número de días en que no se ha hecho efectivo el inicial compromiso (suprimiendo el preexistente apartado 4 del artículo 74, que contenía una previsión análoga en relación con el incumplimiento de permanencia adquirido con el empresario).

Más significativa es la modificación del artículo 66 bis, relativo inicialmente a la entrega de los bienes comprados, que ya ahora pasa a dedicarse a la entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material, esto es, incluyendo propiamente a las prestaciones de los contratos objeto de la DCSD. Las modificaciones en este punto vienen a introducir las especialidades propias de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales que no se contemplaban hasta entonces en la norma española. Así, y a diferencia de la entrega de bienes, en que se imponen su verificación en un plazo de 30 días, para los contenido o servicios digitales se acude a la formula inconcreta del artículo 5, apartado 1 DCSC: entrega "sin demora indebida tras la celebración del contrato". Se añaden además literalmente, el contenido del apartado segundo de este artículo, en sus dos letras, para determinar cuándo debe entenderse cumplida la obligación de entrega.

Igualmente, en el apartado 2 de este artículo 66 bis se añaden, a la preexistente regulación para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega

por el empresario, las previsiones específicas para los casos de contenido digital, lo previsto en el artículo 13 de la DCSD para el caso de que el empresario incumpla la obligación de suministro. El apartado 3 del mismo artículo 66 bis LGCU incorpora las medidas correctoras ante el incumplimiento del suministro también reconocidas en el artículo 13 DCSD, reconociendo al consumidor el derecho de resolución que en ese caso le otorga la Directiva.

Las siguientes modificaciones, en este repaso correlativo a los cambios introducidos en la LGCS, afectan ya al Título IV ("Garantías y servicios posventa"), a partir de su capítulo primero, cuya rúbrica pasa a ser "Disposiciones generales sobre la garantía" suprimiendo la anterior acotación de la misma a "los productos de consumo", de dudoso encaje con los nuevos supuestos contemplados.

Así, en el artículo 114, primero dedicado a las disposiciones sobre garantía, se establece la expresamente la extensión del ámbito de aplicación, a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyendo aquellos donde el contenido se incluya en un soporte material "que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales", articulando así el elemento diferenciador entre la regulación establecida en la DCSD respecto del ámbito de la DCL.

Los artículos 115, 115 bis, 115 ter y 115 quater son los que introducen la regulación DSCD relativa a las condiciones para apreciar la conformidad del suministro de los contenidos o servicios digitales. En el primero de ellos, artículo 115, se recoge la regla general de conformidad del art. 6 DCSD, mencionándose también la salvedad en cuanto a derechos de terceros del artículo 10 de la Directiva (que se completa luego con la regulación del art. 117 LGCU). El 115 bis recoge los requisitos subjetivos de conformidad del artículo 7 DCSD, y el 115 ter los subjetivos del artículo 8 DCSD. El 115 quater contiene, en fin, la regla sobre integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales prevista en el artículo 9 DCSD.

El artículo 117 LGCU, en su apartado segundo, completa el régimen relativo a la no conformidad derivada de la vulneración de derechos de terceros, permitiendo invocar otra posible ley que, en tales casos, establezca la rescisión o nulidad del contrato. Esta mención recoge la posibilidad prevista en el artículo 10 DCSD, que se introdujo a instancia de los EEMM que querían preservar la posibilidad

de estos dos remedios adicionales –rescisión y nulidad –, para los casos en que la falta de conformidad del suministro de contenidos o servicios digitales no fuese conforme precisamente por vulnerar derechos de Propiedad intelectual. Al respecto, apunta Arroyo Amayuelas (2023b:27) la falta de claridad de dicha remisión a otras leyes que contiene este artículo 117. 2 LGCU, que incluso podría ser contrario al resultado impuesto en la DCSD, ya que podría llevar a un resultado menos favorable para el consumidor, que tendría que esperar a ser vencido en un litigio previo para poder reclamar al empresario, frente a la vía directa que le ofrece el sistema de remedios de la DCSD. Por otro lado, no queda claro de la redacción del precepto si el consumidor puede acudir a otra acción reparadora más allá de la rescisoria o de nulidad.

En definitiva, la transposición de la DCSD se ha criticado en este punto por insuficientemente clarificadora de los casos en que el consumidor podría reclamar frente al empresario en los casos en que la falta de conformidad obedece a una insuficiencia en la licencia de los contenidos digitales suministrados, que a la postre limiten las legítimas expectativas del adquirente, por las limitaciones que le puedan suponer en el uso de dichos contenidos. Pero esta crítica no debe ser a nuestro juicio exclusivamente imputable al legislador español, sino que la raíz del problema radica en la falta de suficiente claridad en la DCSD sobre esas aspiraciones del consumidor que adquiere el contenido digital.

Por otra parte, el régimen de medidas correctoras por falta de conformidad del artículo 14 de la DCSD se recoge en los artículos 118 y 119 LGCU, este último en lo relativo al derecho a la reducción del precio, cuyas reglas de aplicación contiene a su vez el artículo 119 bis, y los casos en que el consumidor puede invocar la resolución del contrato, que se recogen con el detalle necesario en el artículo 119 ter. No ha concretado el legislador español un plazo para la puesta en conformidad del suministro por parte del empresario (“en un plazo razonable”, establece el artículo 118, apartado 4, letra b, LGCU).

El artículo 18 DCSD, relativo a las obligaciones de reembolso del empresario y los requisitos conforme a los que deben materializarse, es objeto del artículo 119 quater LGCU, mientras que el artículo 19 DCSD, relativo a la modificación de los

contenidos o servicios digitales, se atiende en los artículos 126 y 126 bis LGCU, ajustándose esta última regulación, estrictamente, a la literalidad de requisitos que, para la posible modificación unilateral de los contenidos o servicios suministrados por el empresario, establece el artículo de la DCSD.

El derecho de repetición del artículo 20 DCSD se recoge en el artículo 125 LGCU, rubricado "Acción contra el productor y de repetición". El precepto determina quién puede ser responsable y qué acciones puedan ejercerse contra el mismo, y prevé que cuando al consumidor le resulte una carga excesiva dirigirse al empresario ante la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor para conseguir la puesta en conformidad, aplicándose en tal caso los plazos y condiciones establecidos para reclamar contra el empresario. Igualmente, en el apartado segundo de este artículo 125 DCSD se prevé el derecho de repetición que propiamente dicho, estableciendo que quien haya respondido frente al consumidor o usuario puede, en el plazo de un año, repetir frente al responsable de la falta de conformidad, plazo que se computa desde el momento en que se ejecutó la medida correctora que se hubiere aplicado.

D) Valoración crítica de las opciones acogidas por el legislador español

Como la transposición de la DCSD al Derecho español se introducen en realidad mínimas adaptaciones en la regulación de la LGCU preexistente al RD-L 7/2021, que además de la modificación de la rúbrica del artículo para incluir la mención a la posibilidad de repetición, y la ordenación en apartados que no se incluía anteriormente, reemplaza la mención al vendedor por la de empresario, y el contenido de la reclamación que contra el mismo puede dirigirse pasa de ser la de obtener la "sustitución o reparación del producto", por la de conseguir que el bien "o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad".

El legislador español no ha hecho uso de la posibilidad de extender el plazo de garantía durante el que puede reclamarse al empresario, por la falta de

conformidad de lo suministrado, y que se computa desde el momento de suministro. Así, el artículo 120 LGCU, en relación con dicha responsabilidad por falta de conformidad, establece que para los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en un único acto o varios individuales, el plazo se extiende durante dos años desde el momento del suministro. Con ello, se atiene al plazo mínimo exigido por el artículo 11, apartado segundo DCSD, a diferencia de lo hecho en cuanto al mismo plazo en los contratos de compraventa de bienes, en que al transponer el artículo 10 de la DCL ha extendido el plazo de garantía en él previsto de dos a tres años. Ello, claro está, excluyendo los contratos que conciertan un suministro extendido en el tiempo, en cuyo caso la responsabilidad prevista del empresario es coincidente con la duración del contrato (artículo 120, apartado 2, LGCU).

Sí es reseñable el que, al establecerse el plazo de prescripción de las acciones de reclamación previstas en todo el capítulo III del título IV LGCS que se viene examinado, el artículo 124, haya establecido dicha prescripción de las mismas en cinco años desde que se manifieste la falta de conformidad, lo que ampliamente respeta la exigencia del artículo 11, apartado tercero, DCSD. No obstante, se ha apuntado como posible omisión (Arroyo Amayuelas. 2023a:639) el que no se haya mencionado, para el inicio del *dies a quo* el que la puesta de manifiesto de la falta de conformidad haya tenido lugar dentro del período de garantía previsto en el artículo 121 LGCU, lo que puede conducir a una interpretación que extienda este de manera excesiva en perjuicio del empresario.

Constituye, en cuanto al cómputo de plazos, una diferencia novedosa del artículo 122 de la LGCU respecto de la DCSD, el que se haya establecido una regla de suspensión del cómputo de los plazos en que la puesta de manifiesto de una situación de no conformidad permite reclamar al empresario. Dicha suspensión operará desde el momento en que se apliquen medidas correctoras para poner el contenido o servicio digital en conformidad, lo que, como señala Arrollo Amayuelas (2023a:638), supone *de facto* una extensión del período de garantía.

El apartado tercero de este mismo artículo 122 LGCU introduce además un plazo de garantía novedoso por cuanto no se encuentra en la DCSD. Pese a la poca

claridad de la redacción de la norma española, cabe entender que para los casos en que se han aplicado por el empresario medidas para resolver una no conformidad del contenido o suministro digital, y esta ha sido subsanada, podrá volverse a reclamar contra el mismo por nuevas faltas de conformidad de las medidas, cabe entender, aplicadas para resolver la primera no conformidad. Se incluya además la presunción de que se tratara de la misma falta de conformidad originalmente reclamada.

Se introduce una variación, que trata de ser favorable al consumidor, en cuanto al establecimiento de un criterio más claro para determinar el momento del suministro, a partir del que comienza a computarse el señalado plazo de garantía. Así, el artículo 123 LGCU, apartado primero, establece que, a falta de prueba en contrario, el suministro se presume hecho el mismo día que figure en la factura, tique de compra, o bien en el albarán de entrega si fuese posterior. Pero como apunta Arroyo Amayuelas (2023a:637), corresponde al empresario la prueba de que el suministro se efectuó de conformidad con lo prescrito en el artículo 5 DCSC, ello de acuerdo con el artículo 12, apartado 1 de la misma norma. Sin embargo, los documentos citados en ese artículo 123 LGCU sólo permiten acreditar efectivamente que se produjo tal suministro en las condiciones de conformidad exigidas por la DCSD, si no se acompañan de algún otro elemento de apoyo, como pueda ser, cita la misma autora, el código de acceso al contenido digital. Cámara Lapuente (2021:29) tampoco considera que esta previsión permita otorgar mayor protección al consumidor, siendo además una previsión de dudosa cobertura en la DCSD.

Otra cuestión no expresamente prevista en la DCSD que se ha incluido en el artículo 119 ter LGCU, es la facultad de resolución del contrato por parte del empresario, en los casos en que el consumidor retire su consentimiento o se oponga al tratamiento de sus datos personales por el empresario, sin que ello pueda comportar en ningún caso el pago de ninguna penalización por parte del consumidor (Aguilera Ruiz. 2019:7). También sobre esta cuestión expresa dudas Cámara Lapuente (2021:36), en cuanto a que una norma sobre los efectos del contrato de suministro no debería poder menoscabar en modo alguno, ni anudar consecuencias negativas, a la libre revocación por el titular de los datos personales del consentimiento a su tratamiento, y también por su compatibilidad con el artículo 6,

apartado 3, de la Ley Orgánica 3/2018[135]. Otra cuestión que suscita es la aplicabilidad de este artículo 119, apartado tercero, LGCU, a los contratos mixtos, en que media el pago de un precio en parte, y en otra parte la cesión del uso de datos personales.

Son mencionables otros aspectos en que sí se hace uso del margen reconocido por el legislador de la UE en la DCSD. Un ejemplo es el artículo 117, apartado primero, LGCU, al establecer la responsabilidad del empresario por toda falta de conformidad en el contenido o servicio digital suministrado existente en el momento de la entrega del bien. Ante dicha responsabilidad, y mediante simple declaración, se establece la posibilidad en el segundo párrafo del precepto de que el consumidor suspenda el pago pendiente del precio por el contenido o servicio digital suministrado hasta que el empresario cumpla sus obligaciones de restituir la conformidad. No se recoge tal previsión en el articulado de la DCSD, si bien se menciona en su considerando 15 la posibilidad de que los EEMM "regulen el derecho de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de estas hasta que la otra parte las cumpla".

Fuera de estos cambios, quizá los más sencillos que quedaban a la discrecionalidad de los legisladores nacionales, la transposición de la DCSD al Derecho español se ha valorado como escasamente ambiciosa, en cuanto a la introducción de otras modificaciones o aclaraciones que también permitía el texto de la DCSD. Ello, dentro del esquema de "armonización máxima selectiva" que adopta el legislador europeo y al que ya se ha aludido anteriormente, y según el cual, no se permite al legislador nacional rebajar el nivel mínimo de protección de los consumidores establecido en la Directiva, pero si se le ofrecen algunas opciones para aumentarlo en el ámbito nacional.

Esta escasa ambición del legislador español la subraya Cámara Lapuente (2021:45), en aspectos como el silencio de la regulación introducida en la LGCU sobre a la naturaleza jurídica de los novedosos contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, la ausencia de pronunciamiento sobre el carácter

[135] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE nº. 294, de 6 de diciembre de 2018..

contractual de los supuestos no incluidos como tale en la DSCD (p. ej. cuando el empresario sólo recaba metadatos o historial de navegación o se acepta por el consumidor la publicidad para acceder al contenido), la no extensión, en cuanto al ámbito subjetivo, del régimen de la DCSD a organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y PYMES que contraten el suministro de los contenidos o servicios digitales aun dentro de su actuación comercial, la inclusión en el ámbito objetivo de aplicación de los contratos con doble finalidad o, en fin, la determinación de requisitos claros para determinar las indemnizaciones por daños y perjuicios al consumidor. Cabe añadir otras opciones ya mencionadas, como la posibilidad de una mayor extensión en los plazos de garantía del empresario, que en algún caso sí se adoptado en relación con los contratos objeto de la DCL.

Son aspectos a que el legislador nacional no viene obligado a regular por la DCSD, pero que hubiesen aportado clarificación. Quizá hay que considerar que, en un contexto de transposición en el límite del plazo habilitado por la Directiva, y utilizando la vía del decreto-ley, poco margen de maniobra tenía en este caso el ejecutivo, como legislador de urgencia, para extender el ejercicio a más de lo que era estrictamente obligado por la DCSD. No obstante, es otro motivo para lamentar el que no se abordase la transposición con la calma y el detenimiento propicios para haber atendido estos otros –y más- posibles aspectos que redondeasen una regulación novedosa y entendemos trascendente como la de los contratos objeto de la DCSD.

Arroyo Amayuelas (2023b:15) achaca a la transposición de la DCSD a través de la LGCU otras omisiones, como el no haber incluido el "precio" en el listado de definiciones del artículo 59 bis, apartado segundo, no haber aclarado suficientemente que el término "bienes" utilizado en el articulado ha de entenderse referido también a los que incorporan elementos digitales. También, el no haber establecido en qué condiciones concretas puede el consumidor suspender el pago parcial del precio en tanto se restaura la conformidad de lo suministrado por el empresario, posibilidad que reconoce el artículo 117, apartado 1, o la omisión de cuestiones como cuando se inicia el cómputo del plazo de responsabilidad en los casos de falta de conformidad en caso de instalación de los bienes, o la responsabilidad de las plataformas de intermediación.

Por su parte, Ferrer Guardiola (2021:192) apunta también como deficiencia del legislador español el no haber dedicado ningún precepto al suministro de contenidos o servicios digitales prestados en suporte material. Conforme advierte el considerando 20 de la DCSD, algunas disposiciones de la misma, relativa a las medidas correctoras en caso de incumplimiento del suministro por el empresario, no serían aplicables a esos casos en que el suministro del contenido digital se efectúe en un soporte material, remitiendo por contra a las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE. Dado que el artículo 66 bis LGCU excluye expresamente, según su rúbrica, estos supuestos de suministro en soporte material, se echa en falta una disposición específica para estos casos en la norma española. El mismo autor alude a la divergencia en el término utilizado por el legislador español en el artículo 119, apartado d), LGCU (empleando la expresión "aparezca"), frente al utilizado en el artículo 13, apartado cuarto, letra c), DCSD (donde el término es "subsiste"), alteración que generaría una diferencia respecto a la Directiva (Ferrer Guardiola. 2021:192), en el caso de persistencia del defecto en lo suministrado tras los intentos del empresario de ponerlo en conformidad. No nos parece un problema excesivamente grave, que no pueda ser integrado, en caso de necesidad, por una interpretación finalista de la norma española.

Otro error, como la remisión que contenía inicialmente, en sede de resolución del contrato, el artículo 119 ter, apartado 5, LGCU introducido por el RD-L 7/2021, a un inexistente apartado 5 del artículo 117 -señalada por Cámara Lapuente (2021:43), y que este imputaba a no haberse aprovechado el mismo RD-L 7/2021 para transponer la Directiva 209/2161-, fue ulteriormente corregido por el Real Decreto-ley 24/2021[136], que transpuso esta última Directiva y añadió los apartados 4 a 8 al artículo 107 LGCU, subsanando así la remisión en vacío que había quedado con el texto del RD-L 7/2021.

[136] Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. BOE nº. 263, de 3 de noviembre de 2021.

Finalmente, y en cuanto a la técnica legislativa operada en la modificación de la LGCU, el apartado IX del preámbulo del RD-L 7/2021 ya advertía del mantenimiento de los mismos conceptos y previsiones normativas, que se aplicarían indistintamente a las situaciones que no requiriesen una distinción por razón de la prestación que se hubiese pactado.

Pero el resultado, lejos de conseguir una integración de los distintos conceptos y regulaciones, acaba produciendo en ocasiones reiteraciones de entorpecen la comprensión del texto, dado que con frecuencia lo que se ha producido es una acumulación de reglas análogas que podrían haberse unificado. Un ejemplo de ello lo apunta Arroyo Amayuelas (2022:14), en relación con los artículos 115 bis, letra b), y 115 quater, letra b), LGCU, donde se reiteran términos para añadir los supuestos que incumben a los contratos de compraventa y a los de suministro de contenidos o servicios digitales, cuando podría haberse buscado una redacción integradora.

Desde luego, son todas ellas cuestiones que habrían mejorado el texto de la LGCU que transpone la DCSD, pero no son, entendemos, cuestiones esenciales. En general la transposición de una regulación tan novedosamente planteada por el legislador de la UE, no era un ejercicio fácil, teniendo en cuenta además los plazos de transposición limitados que en general establecen las directivas de la UE. La prueba es que el enfoque asumido por el legislador español ha sido compartido por otros legisladores nacionales cercanos, y que la modificación legislativa introducida no ha planteado desajustes ni descoordinaciones sustanciales con otras partes del ordenamiento.

4.- El Decreto-Ley 27/2021 de la Generalitat de Cataluña.

A) Consideraciones generales sobre la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en el Derecho civil especial de Cataluña

La exposición de la transposición de la DCSD al Derecho español requiere también referirse al Decreto-Ley 27/2021[137] de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por el que se incorporan la DCSD y la DCL al Libro Sexto del Código Civil catalán.

Debe recordarse que los EEMM tienen libertad para adoptar y ejecutar el Derecho de la Unión de conformidad con su organización administrativo-institucional, de acuerdo con su estructura territorial propia, como tiene establecido el TJUE en jurisprudencia reiterada desde 1971[138].

Por su parte el Tribunal Constitucional ya declaró en 2012 que el desarrollo en España del Derecho de la UE debe hacerse con pleno respeto a la estructura territorial del Estado, y que "la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que el texto constitucional ha configurado rige también para la ejecución del Derecho de la Unión Europea"[139]. Debe recordarse al respecto

[137] Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código civil de Cataluña. Comunidad Autónoma de Cataluña. DOGC del 16 de diciembre de 2021. BOE nº. 44, de 21 de febrero de 2022, páginas 20982 a 20998.

[138] "[C]uando las disposiciones del Tratado o de los Reglamentos reconocen facultades a los Estados miembros o les imponen obligaciones en el marco de la aplicación del Derecho comunitario, la forma en que los Estados pueden atribuir el ejercicio de tales facultades y el cumplimiento de dichas obligaciones a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado" Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company NV y otros contra Produktschap voor groenten en fruit*, asuntos acumulados 51/71 a 54/71, Rec. p. 1107, apdo. 4. Más reciente, sentencia del TJUE de 16 de julio de 2009, *The Queen, a instancia de Mark Horvath contra Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs,* C-428/07*,* ECLI:EU:C:2009:458, apdo. 49.

[139] Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012, de 13 de enero. BOE nº. 36, de 11 de febrero de 2012. ECLI:ES:TC:2012:1, F.J. 9.. En el mismo FJ se añade lo siguiente: "A este respecto este Tribunal ha declarado que "la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas".

la competencia recogida en el artículo 129[140] del Estatuto de autonomía[141] de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en lo relativo al Derecho civil.

Sobre el argumento de esta competencia autonómica, y de manera específica en lo que respecta a la DCSD, cabe recordar que por el legislador autonómico se transpuso ya la Directiva 99/44/CE al Derecho catalán mediante la autonómica Ley 3/2017[142], que de forma extemporánea (en lo que al plazo de transposición de la Directiva se refiere), reguló el contrato de compraventa, incluida la compraventa celebrada con consumidores, en el Derecho civil catalán. Se ha entendido que, por ello, resultaba preciso adaptarla a los cambios introducidos por la DCL y, en esa tesitura, dada la proximidad y vinculación entre la DCL y la DCSD, carecía de lógica establecer una regulación específica autonómica para la compraventa de bienes con contenidos digitales, pero no hacerlo respecto del contrato específico de suministro de contenidos o servicios digitales (Arnau Raventos, Gramunt Fombuena. 2022:175).

No consideramos que este último argumento presente una justificación suficiente de la necesidad de transponer al Derecho catalán la DCSD, cuando no existía ninguna regulación previa sobre la materia en el mismo y por tanto la normativa estatal hubiese armonizado la regulación de la materia, con un carácter supletorio del Derecho civil catalán.

Resulta en todo caso poco discutible que se trata de un desarrollo legislativo en el ámbito jurídico del Derecho civil, que se encuentra amparado por la competencia autonómica antes referida, pese a que con el mismo se rompe la uniformidad regulatoria en el Derecho español, en relación como decimos con una

[140] "Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149. 1. 8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña".
[141] Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE n. 172, de 20 de julio de 2006.
[142] Ley 3/2017, de 15 de febrero, de la Generalidad de Cataluña, relativa al del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. BOE nº. 57, de 8 de marzo de 2017.

modalidad contractual que no existía en el Derecho autonómico catalán. Y esta es la razón que invoca el propio preámbulo del Decreto-ley 27/2021 (D-L 27/2021)[143].

Como al respecto recuerda Bercovitz Rodríguez-Cano (2020:119), la distribución competencial que establece el artículo 149. 1 de la CE en el ordenamiento jurídico español determina una pluralidad legislativa que se traduce en el ejercicio por determinadas comunidades autónomas de la competencia para el desarrollo de su Derecho civil, foral o especial, como ha sido el caso de Cataluña. Esto ha provocado que determinados contratos sean típicos en algunas de esas legislaciones civiles forales o especiales, y no lo sean respecto de las demás ni para el Derecho civil común. El mismo autor señala que esto ocurre con los contratos regulados en el Título II del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos.

Añadimos que el mismo fenómeno puede producirse a la inversa, la tipicidad de un contrato en el Derecho civil Común, pero que no tenga una regulación sustantiva en los derechos civiles forales o especiales, en cuyo caso se aplicará la regla de supletoriedad general en favor del Derecho civil común. De alguna manera, como veremos, es lo que hubiese ocurrido con el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, que ha sido objeto como se ha expuesto de una sustantiva regulación en el Derecho común, pudiendo sostenerse, por este motivo, que es posible considerarlo un contrato típico en Derecho español, cuya regulación se aplicará a las legislaciones civiles forales o especiales que no lo hayan regulado. No es el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La incorporación de la DCSD al Derecho autonómico catalán se realiza a través del Código Civil de Cataluña, lo que supone un cambio de enfoque significativo respecto del seguido por el legislador nacional y, en general, por otros legisladores

[143] "De acuerdo con el artículo 129 del Estatuto de autonomía de Cataluña, Cataluña tiene competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias reservadas en exclusiva al Estado y especificadas en el artículo 149.1.8.a) de la Constitución española. Esta competencia exclusiva ha sido recientemente reconocida por la STC 132/2019, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos. En uso de esta competencia, y con la doble finalidad de adecuar el derecho civil catalán al derecho europeo y continuar la tarea de puesta al día y modernización del derecho catalán de contratos, incluidos los contratos de consumo, el legislador catalán invierte en este decreto-ley sendas directivas (UE) […]. Preámbulo del Decreto-ley 27/2021, de la Generalidad de Cataluña, apdo. I, "Competencia".

nacionales de nuestro entorno a que se ha hecho referencia (Francia, Portugal o Italia, entre otros). La decisión parece condicionada por la previa regulación en dicho Código Civil catalán de la regulación de la compraventa, la cual ahora requería incluir las adaptaciones derivadas de la DCL[144]

Al incorporar la regulación al Código civil autonómico y no en la normativa específica de consumidores, aquella se aplica con carácter general a todos los contratos, sin perjuicio de las especificidades que se establezcan en concreto para los contratos de consumo. Y, sobre todo, se cubren los aspectos que pueden afectar a los contratos celebrados por empresarios o profesionales, como la posible reclamación del pago por el empresario suministrador de contenidos digitales o su posible reclamación de intereses en caso de que el consumidor incumpla su obligación de pago del precio acordado (Arroyo Amayuelas. 2023a:626).

Solo en algún aspecto concreto la regulación, expresamente, limita su pronunciamiento al ámbito de los contratos de consumo (es el caso del artículo 621-73, apartado 3, presunción de preexistencia de la falta de conformidad manifestada en el año posterior a la puesta a disposición, o del artículo 621-74, apartado 2, presunción de falta de conformidad desde el inicio del suministro en los contratos de tracto sucesivo, cuando la misma se manifieste en un momento posterior). Fuera de estos casos, la regulación derivada de la DCSD se aplica con carácter general a todo tipo de contratos.

La novedad regulatoria que suponía incluir los contratos de suministro digital ha llevado al Decreto-Ley 27/2021 a regularlo en una nueva y específica sección IV, dentro del capítulo I, título II, del Libro IV del CC catalán. Ello, a diferencia de lo hecho con el contenido de la DCL, que principalmente se ha acomodado modificando la regulación preexistente del mencionado capítulo I. Las razones que

[144] "La decisión, implementada en 2017 (y, por lo demás, naturalmente lógica dada la existencia de un Código civil in fieri 13), consistente en regular el contrato de compraventa (incluido el celebrado con persona consumidora) en el CCCat, condicionaba sobremanera la cuestión relativa al dónde incorporar las Dir. 2019/770 y 2019/771. Eran precisamente algunas de las normas concernientes el contrato de compraventa las que procedía adaptar a la Dir. 2019/771. Y, en fin, siendo también civil el contrato otorgado con consumidor y relativo al suministro de elementos digitales, se imponía igualmente, a falta de razón que justificara otra alternativa razonable 14, esa misma ubicación para las normas implementadoras de la Dir. 2019/770. Ubicación compartida que, por lo demás, dota a todo el conjunto del valor y la función añadidos de «derecho común en Cataluña". Arnau Raventós y Gramunt Fombuena (2023:79).

para tal decisión se apuntan son diversas, sin perjuicio de haber existido otras opciones, como desgajar la regulación del suministro de contenidos digitales para incluirla como una modalidad más de compraventa, y llevar el suministro de servicios digitales a sede del contrato de servicios (Arnau Raventós y Gramunt Fombuena. 2023:80). Esta opción a nuestro juicio no hubiese sido sistemáticamente aconsejable, además de apartarse del enfoque pretendido por el legislador de la UE, hubiesen tenido un encaje complejo, requiriendo diferenciar modalidades contractuales en función del carácter material o inmaterial del objeto de la compraventa[145].

B) Análisis de la regulación introducida por el Decreto-Ley 27/2021 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

Esta nueva sección IV[146] (capítulo I, título II, del Libro IV del CC catalán), rubricada "Suministro de contenidos y servicios digitales", se integra por los capítulos 621-62 al 621-78. Algunas disposiciones se contienen en la sección anterior, como las definiciones de contenido o servicios digitales, vertidas en el artículo 621-3, y que se aplican a la sección IV por remisión del artículo 627-68, apdo. 1.

[145] Así también Arnau Raventós y Gramunt Fombuena (2023:81), que entienden que esa opción hubiera exigido la modificación del artículo 621-3 del CC catalán para dar cabida a los contenidos digitales, esencialmente incorporales, junto a los ya regulados bienes materiales.

[146] "La opción sistemática finalmente escogida consiste en crear una sección cuarta en el Capítulo I (art. 621-67 a 621-78 CCCat); así, la nueva regulación sigue a la relativa a los contratos de compraventa (sección primera), permuta (sección segunda) y cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura (sección tercera). La ubicación implementada denota el vínculo que, en mayor o menor medida, puede apreciarse entre las reglas procedentes de la Dir. 2019/770 y el contrato de compraventa. […] Por lo demás, ubicar en la sección cuarta del Capítulo I el régimen de los contratos de suministro de elementos digitales no significa que todo lo digital se encuentre allí. La necesidad de contemplar y tratar, en determinados casos, como contrato de compraventa aquel que recae parcialmente sobre elementos digitales (arg. art. 3.3 Dir. 2019/771) acarrea que todo lo concerniente a esta modalidad de contrato objetivamente mixto, incluso la propia definición de «contenidos digitales» y «servicios digitales» (arg. art. 621-3.2 CCCat), se contenga en la sección primera" (Arnau Raventós y Gramunt Fombuena. 2023:82).

Por otro lado, se establece en el apartado segundo del artículo 621-62, el carácter supletorio que para la regulación del suministro de contenidos o servicios digitales tiene la regulación de las normas de la sección primera del mismo capítulo, en la medida en que dichas disposiciones "sean compatibles con la naturaleza del contrato". Ello evita en buena medida remisiones constantes a la regulación de la sección anterior, y duplicación de reglas similares, anomalía que como ya se ha indicado sí concurre en varios de los preceptos de la regulación estatal introducida en el LGCU por el RD-L 7/2021.

La regulación catalana presenta caracteres propios, que en varios puntos se apartan de la opción seguida por el RD-7/2021, y opta por soluciones distintas, que en algún caso se apartan de lo respecto de lo establecido en la DCSD. Como señalan Arnau Raventós y Gramunt Fombuena (2023:96), la regulación contenida en el Código civil catalán sobre el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales pretende ser tan genérica como la de la propia DCSD, en el sentido de que resultará de aplicación no ante una modalidad concreta o determinada de contrato, sino cuando concurran los elementos propios establecidos en la regulación: la onerosidad (en precio o mediante el uso de los datos del adquirente del suministro, sean o no personales como veremos a continuación), y el objeto, constituido por el contenido o el servicio digital que se suministra[147].

Se afirma también que, con esta estrategia de establecer únicamente reglas genéricas potencialmente aplicables a diferentes tipos de contratos, el Derecho catalán ya estaría cumpliendo con la obligación de transposición derivada de la DCSD, que no exige la tipificación de un tipo contractual determinado, señalándose también como efecto, aparentemente buscado, de esta opción del legislador, que ello bastaría para bloquear la aplicación subsidiaria de las normas estatales que han transpuesto la DCSD (Arnau Raventós, Gramunt Fombuena. 2022:196).

Otro ejemplo de estas divergencia o distinciones respecto de la DCSD los encontramos en cómo se aborda el cumplimiento de la obligación de suministro del

[147] "Se trata de un régimen general en el sentido que bastan ambos elementos para activar su aplicación sin que pueda verse obstruida por una eventual tipificación contractual más específica. Es más: si este tipo contractual interno concurriera con esta disciplina general, ésta sería la preferentemente aplicable". (Arnau Raventós y Gramunt Fombuena. 2023:92)

contenido o servicio digital tras la celebración del contrato. El artículo 621-69 señala que "el suministrador tiene que poner a disposición del adquirente los contenidos o servicios digitales". El enfoque difiere del contenido en el artículo 5 DCSD, donde la proactividad se centra en el empresario, que como cabe recordar, "suministrará los contenidos o servicios digitales al consumidor", actuación que entendemos va más allá de una mera puesta a disposición.

Además, el mismo artículo en su apartado tercero, impone que dicha puesta a disposición debe realizarse "de manera inmediata a la conclusión del contrato" salvo que las partes hubiesen acordado otra cosa. La previsión se distancia de la obligación del artículo 5 DCSD que, recordemos, obliga a cumplir esta obligación "sin demora indebida", en expresión adoptada también por el legislador español en el artículo 66 bis LGCU, y que parece quizá más prudente ante un posible retraso, que estando técnicamente justificado, pueda sin embargo retrasar razonablemente la puesta a disposición del suministro por algún tiempo.

Alguna dificultad de comprensión presenta, en relación con el régimen aplicable a la modificación de los contenidos suministrados, el artículo 621-70 cuando limita el derecho de resolución del consumidor en los casos previstos en el artículo 19, apartado 4, DCSD (que el empresario le dé la opción de mantener los contenidos o servicios sin modificación y estos permanecen pese a ello siendo conformes). La dificultad del precepto catalán estriba no solo por la existencia de una errata –al menos en la versión publicada en el BOE, al omitirse la preposición *de* en la segunda línea-, sino por cuanto se utiliza la expresión "el empresario le facilita el mantenimiento" (que induce a pensar en una obligación activa de actualización por parte de este, cuando en realidad se está hablando de dejar los contenidos o servicios en el estado previo a la modificación), y en segundo lugar, por condicionar la conformidad a lo dispuesto en el contrato (cuanto la misma no necesariamente ha de sujetarse exclusivamente a lo este prevea, según hemos visto).

Ello lleva también a criticar una cierta insuficiencia en los criterios de conformidad que se transponen al Derecho catalán en el artículo siguiente, 621-71, donde dicha conformidad se anuda, en primer lugar, al contrato, para mencionar seguidamente también los criterios establecidos, para el contrato de compraventa,

en el artículo 621-20. En él se advierte también alguna divergencia respecto de la DCSD, por ejemplo, en cuanto a la exigencia, para considerar la conformidad, de que se suministren las actualizaciones "pactadas" (nuevamente, anteponiendo lo expresamente acordado en el contrato), en lugar de acoger además una previsión más flexible, en línea con lo previsto en el artículo 8, apartado 2, letra b), de la DCSD, que sin duda daría mejor acomodo a la innovaciones y evoluciones de la tecnología.

Otro aspecto comentable en la regulación catalana es que no se omite la referencia, en los casos en que el suministro digital tiene como contrapartida la cesión del uso de datos de consumidor, a que la cesión de los datos se realiza a cambio de suministro, es decir, como contraprestación del mismo (por ejemplo, artículo 621-76, apartado sexto). En este sentido, al determinar el ámbito objetivo de la regulación se señala, con más claridad sin duda que en la LGCU, el carácter oneroso que debe presentar el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. Dicha onerosidad puede manifestarse en el pago de un precio en dinero o, concreta el artículo 621-67, en "facilitar sus datos para finalidades diferentes de las necesarias para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del suministrador o para que este cumpla los requisitos legales exigibles".

No se especifica que los datos deban ser de carácter personal, siendo esta otra diferencia respecto de la DCSD. Es más, el preámbulo del D-L 27/2021 señala expresamente[148] la posibilidad de que los datos que se facilitan a la contraparte puedan ser de carácter no personal. Esta divergencia no afecta a la corrección de la transposición, pues se respeta lo establecido en la DCSD, sin perjuicio de que en el ámbito de aplicación territorial del Derecho catalán quepan, por tanto, ambas posibilidades.

Respecto de las medidas reparadoras en caso de no conformidad, el artículo 621-76 incluye la reducción del precio (en caso de modalidad contractual en que medie el mismo) o la resolución, remitiendo la aplicación de cada una de ellas al

[148] "Una [particularidad] es que la contraprestación al uso de los contenidos o servicios digitales puede consistir a facilitar datos personales en los términos en que impone el Reglamento (UE) 2016/679. No se prevé expresamente, pero tampoco se descarta, que los datos sean de otro tipo y, entonces, existirá contrato oneroso siempre que se cumplan todos los requisitos de acuerdo con las normas generales relativas a los elementos y la formación del contrato aplicables a Cataluña". Exposición de motivos del Decreto-ley 27/2021, apartado IV, "Contenido".

artículo 621-40 de la sección anterior. Aunque la regulación de este último se centra en el contrato de compraventa, los supuestos que recoge de manera sintética, responden también a las exigencias de la DCSD, si bien con alguna dificultad sistemática de acomodo de la redacción del artículo de aplicación supletoria.

Sin embargo, la panoplia de remedios contemplados ante la no conformidad del suministro digital no puede considerarse completa, y acaba exigiendo la remisión supletoria al artículo 621-37, cuyo apartado primero incluye ya, además, la suspensión de las respectivas obligaciones y la indemnización de daños y perjuicios. Resulta también cuanto menos curiosa la regla de acumulación de los remedios que contiene el apartado segundo de este artículo, cuando los mismos no sean incompatibles, incluyendo la posible indemnización de daños y perjuicios, no contemplada expresamente como ya vimos en la DCSD ni en la LGCU.

El legislador catalán, como el español, tampoco ha hecho uso de la posibilidad de extender el plazo de garantía sobre la conformidad que ofrecía la DCSD como posibilidad a los EEMM, al coincidir el que ya se preveía en la normativa catalana con el mínimo que, en caso de establecerse, imponía la DCSD (dos años). También se alude a ello en la exposición de motivos del D-L 27/2021, apdo. 4, "Contenido".

Un aspecto que se echa en falta en la regulación catalana que venimos analizando, es la relativa al derecho de repetición del empresario que se prevé en el artículo 20 DCSD, y que el legislador español sí ha previsto en el artículo 125 LGCU. Ante ello, se plantea la aplicación supletoria de esta última norma, por efecto de la declaración general de supletoriedad, en lo no previsto, que establece el artículo 149, apartado 3, de la Constitución, que nos parece clara ante un supuesto patente de no regulación, pero que algún autor cuestiona por considerar que dicha reclamación habría que reconducirla a las reglas de la responsabilidad extracontractual sí contenidas en el Código Civil catalán (Arnau Raventós, Gramunt Fombuena. 2023:92). Esta interpretación sería en todo caso discutible, a la luz de los establecido en el artículo 20 DCSD, que no aboca necesariamente a una acción de tal naturaleza, ni cabe interpretar sea exclusivamente la posibilidad que resulta del citado artículo 125 LGCU.

Como valoración general, debe considerarse que la transposición al Derecho civil especial de Cataluña es técnicamente adecuada, y que responde a la obligación de cumplimiento finalista propia de toda transposición de una directiva. Dicho esto, no deja de llamar la atención que dentro de un mismo Estado miembro sea posible encontrar dos regímenes jurídicos diferentes del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, cada uno circunscrito a su ámbito territorial de aplicación, pero con diferencias de enfoque significativas, y en algún caso también de contenido. Ello determina en definitiva que no pueda considerarse que, al menos en el caso español, se haya logrado una armonización sustancial de regímenes jurídicos, ya que aunque las soluciones aplicables si respondan a lo exigido por la Directiva, se fragmenta la regulación y se obliga a los empresarios de otros EEMM a tener que atender a distintas regulaciones según la comunidad autónoma española donde resida el consumidor con el que pretendan contratar el suministro de contenidos y servicios digitales.

CAPÍTULO CUARTO. DIRECTIVA (UE) 770/2019: LA ENTREGA, EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD Y CONSECUENCIAS DE LA NO CONFORMIDAD

Procedemos a analizar en este capítulo el contenido principal de la DCSD, fundamentalmente integrado por las disposiciones reguladoras de aquellos aspectos del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales que atienden a la protección del consumidor, conforme a la naturaleza propia de la DCSD como disposición integrante de ese acervo normativo del Derecho de la UE.

Para un examen detallado de las normas que integran el régimen sustantivo del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, que se extiende desde los artículos 5 a 20 del texto normativo, hemos dividido dicho contenido en bloques dedicados, respectivamente, a las obligaciones relativas a la entrega y conformidad de los contenidos y servicios digitales el primero, y el segundo a las consecuencias derivadas del incumplimiento de estas dos obligaciones principales, considerando las medidas correctoras y las obligaciones que las mismas comportan, así como las consecuencias de la finalización anormal del contrato. En un último bloque consideraremos otro tipo de disposiciones que, fuera ya de la regulación del contrato examinado, completan ordinariamente el contenido de toda directiva UE.

I.- OBLIGACIONES DE ENTREGA Y CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

El primer bloque de disposiciones, que se extiende del artículo 5 al 10, se refieren a las obligaciones del empresario en cuanto a la entrega o suministro de los contenidos o servicios contratados, así como a las normas para determinar su conformidad. El último de estos artículos (el 10), más que a las condiciones del suministro trata las consecuencias de posibles restricciones en el uso de los contenidos o servicios suministrados derivadas de la vulneración de derechos de terceros.

Es esta parte de la DCSD, dedicada a establecer tanto las condiciones de la entrega de los contenidos objeto del contrato, como las condiciones en que estos deben recibirse por el consumidor a fin de considerar efectiva y correctamente cumplido el contrato, una de las que presenta mayor interés en la regulación examinada.

1.- La obligación de entrega o suministro del contenido o servicio digital

El regular cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes del contrato conforma la parte de ejecución del contrato, mediante la realización de las prestaciones recíprocamente debidas. El cumplimiento del contrato o ejecución de las respectivas prestaciones debe cumplir, como regla general, las condiciones de identidad, integridad, indivisibilidad, y ajustarse a las condiciones de tiempo y lugar establecidas en el contrato (Galicia Aizpurúa. 2020:1416).

Gómez Ligüerre (2024:281) apunta a que el sentido de que la DCSD establezca disposiciones específicas sobre la entrega obedece a que las disposiciones contenidas al respecto de los ordenamientos de los EEMM, incluido el español, pueden no resultar idóneas para acomodarse a las exigencias particulares de los contenidos y servicios digitales. Dicho ello, las precisiones que al respecto ofrece la DCSD, en lo que a las condiciones y plazo del suministro de contenidos o servicios digitales no constituye, a nuestro juicio, una regulación excesivamente especializada o adaptada, salvo quizá en la parte referida a los supuestos en que, como veremos seguidamente, debe entenderse cumplida la obligación de suministro.

A) El plazo para verificar el suministro

El primero de los artículos de este bloque que encontramos en la DCSD es el relativo a las obligaciones de entrega y conformidad del suministro, artículo 5, rubricado "Suministro de contenidos o servicios digitales". En él se establecen los requisitos que deben cumplirse en el suministro de lo que se ha pactado como objeto del contrato, en cuanto al tiempo en que debe verificarse el mismo. Tras una mención general a la necesidad de que se verifique la entrega por el empresario al consumidor, se regulan los aspectos temporales de la misma, estableciendo la regla general de que, salvo otro acuerdo al respecto, los contenidos se suministraran "sin demora indebida tras la celebración del contrato"[1].

Se renuncia sí por el legislador a establecer un plazo temporal concreto en que haya de verificarse la entrega (a diferencia de lo que se hace en el artículo 18 de la Directiva 2011/83/CE), cuestión que se deja en este caso a lo que condicionen las características particulares del contenido contratado, en el marco de un concepto jurídicamente indeterminado ("sin demora excesiva"), que aboca para su concreción al análisis de las particularidades de cada concreto contrato en caso de desacuerdo entre las partes. Ello siempre que la cuestión no se haya previsto de manera expresa en el contrato por las partes, en el ejercicio de su libertad contractual, y siempre dentro de los límites que se derivan del marco establecido por la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La falta de fijación de plazos concretos para el cumplimiento de las distintas obligaciones que atañen a las partes, tanto para el cumplimiento del contrato como para la aplicación de las medidas reparadoras o de garantía, es una característica habitual de la DCSD, que prácticamente no concreta en días, semanas o meses ninguno de los plazos (con algunas excepciones señaladas a que se hará referencia). Ello se justifica en el considerando 64 DCSD –al tratar la obligación de puesta en

[1] Esta expresión "sin demora indebida" se encuentra igualmente en el artículo 95 del Reglamento CESL, al regular el plazo de entrega del bien, que puede considerarse el precedente en este aspecto del artículo 5 DCSL, en cuanto no establece un plazo concreto y establece el mismo, a falta de regulación expresa en el contrato, por referencia a dicha indeterminada expresión"

conformidad- por la diversidad del tipo de contenidos o servicios digitales que pueden ser objeto de estos contratos, que haría que en muchas ocasiones los plazos que pudiese concretar el legislador resultasen inadecuados por demasiado largos o demasiado cortos. De ahí su preferencia general por emplear expresiones como "en un período razonable de tiempo" (artículo 14 DCSD, apartado 3), o "sin demora indebida" (artículo 5, artículo 13, apartado 1, o artículo 17, apartado 2, DCSD), o por dejar la fijación de los mismos a un acuerdo expreso entre las partes (caso del artículo 5 DSCS, apartado 1).

Gómez Ligüerre (2024:288) señala que la regla del artículo sobre el momento en que debe verificarse el suministro es la misma que recogía, con carácter general el artículo 95, apartado 1, de la propuesta de Reglamento CESL (entrega inmediata tras el contrato salvo que el plazo pudiese determinarse de otro modo), pero no la que dicha propuesta establecía para los contrato celebrados con consumidores, donde se establecía un plazo máximo de 30 días para la entrega de los contenidos digitales, entendiendo que dicho plazo puede considerarse excesivo atendida la naturaleza de los servicios y contenidos digítales y sus modos habituales de entrega.

La declaración sobre la obligación de entrega contenida en la primera frase del artículo 5, que en principio podría considerarse superflua, puede entenderse que constituye la base del conjunto de derechos que posteriormente atribuye la norma al consumidor en caso de incumplimiento por parte del empresario (Schulze. 2020:97). Al respecto, señala también que el término "suministrar" viene a referirse a una tipología específica de contraprestación debida por una parte del contrato, con la que se pretenden abarcar todas las formas de acceso a los contenidos o servicios digitales, en un formato "tecnológicamente neutral". No se regulan en consecuencia los detalles del modo en que ha de verificarse la entrega, que dependerá del concreto tipo de contenido o servicio contratado, sin perjuicio de la distinción a que nos referimos seguidamente.

En todo caso, resulta relevante este artículo 5 en relación con el artículo 11 DCSD, que regula la responsabilidad del empresario, y en su primer inciso establece la misma ante "cualquier incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales de conformidad con el artículo 5".

B) Condiciones de la entrega y supuestos específicos

La previsión general se completa con dos supuestos particulares en que se exige que el empresario haya cumplido ya la obligación de suministro. Son dos previsiones análogas, una para el caso de que el objeto de contrato lo constituyan contenidos digitales, en que se exige que se haya verificado el suministro cuando el contenido o cualquier medio adecuado para acceder a él o descargarlo haya sido ya puesto a disposición del consumidor, o sea accesible para el mismo o para la instalación física o virtual por él elegida). El segundo inciso se refiere a los supuestos de suministro de servicios digitales, en que se exige que la entrega se haya verificado cuando tal servicio sea accesible para él o para la instalación física o virtual que el consumidor haya elegido para ello.

En esta distinción, el receptor del suministro no tiene por qué ser personalmente el consumidor adquirente quien reciba el contenido, sino que lo importante es que este quede en su "esfera de influencia" (Schulze. 2020:102), Así, la recepción puede verificarse mediante o a través de un equipo designado por él mismo y a través del que pueda acceder una vez verificado el suministro. También se debe entender verificada la entrega cuando el contenido resulte accesible al consumidor, supuesto que incluye por ejemplo el caso de que lo que se facilite al mismo sea un *link* de descarga que deba activar él mismo.

El considerando 41 DCSD clarifica algunos aspectos de este artículo, por ejemplo en relación con la responsabilidad del empresario. En los supuestos de entrega a través de una instalación física o virtual que dependa de un tercero (mencionando en dicho considerando, como ejemplos de tales, las plataformas electrónicas o instalaciones de almacenamiento en la nube), el empresario no deberá responder por los actos u omisiones de ese tercero que gestione la citada instalación en caso de que el consumidor no pueda acceder a los mismos, si el empresario ha ejecutado todo lo necesario para que el contenido quede accesible en la instalación prefijada para su entrega.

Se aclara finalmente, en una previsión típica de la regulación de consumidores, que se entenderá que el consumidor no ha tenido verdaderamente la opción de elegir la instalación física o virtual donde ha de verificarse la entrega cuando la misma esté sometida al control del empresario o vinculada directamente a él, o cuando la opción elegida por el consumidor fuere la única ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido. En tales supuestos, si el consumidor no puede acceder al contenido por razones imputables al dispositivo en cuestión, se aplicará el régimen de responsabilidad del empresario por falta de entrega que resulta de la DCSD.

Puede considerarse, en este segundo supuesto que acabamos de exponer, que no resultará fácil para el consumidor que carezca de conocimientos avanzados en la materia, llegar a determinar por sí mismo a quien es imputable la imposibilidad de acceder al contenido o servicio contratado, cuando deba ponerse a su disposición a través de una plataforma o dispositivo de almacenamiento en la nube. Y si, en consecuencia, debe dirigirse contra el empresario al que se la contrató, contra el proveedor del servicio de comunicación electrónica, o contra el gestor del dispositivo donde debía recibirlo si, como es previsible que ocurra en muchos casos, entre ellos se responsabilizan mutuamente del problema que esté sufriendo el consumidor. Será una cuestión de prueba, en la que se determine a qué obedece el problema, particularmente su origen se encuentra problema técnico bien de la instalación del empresario, bien del dispositivo gestionado por el tercero. Existe al respecto también un riesgo, que apunta Schulze (2020:104) de que pese al enfoque de armonización máxima de la norma, la previsión se vea afectada por disposiciones nacionales que limiten la responsabilidad del tercero gestor del dispositivo donde ha de hacerse la entrega.

Otro aspecto destacable del régimen regulado en este artículo 5 DCSD es que no se prevé, de manera expresa, una posibilidad de reclamación directa por parte del consumidor al empresario que no haya verificado el suministro, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE, apartado segundo, donde expresamente se contempla un emplazamiento por parte del consumidor al comerciante, con la fijación de un plazo adicional en el que verificar la entrega. Esta posibilidad sí ha sido incluida, sin embargo, en el artículo 13 DCSD, pero

nuevamente –y a diferencia de la citada Directiva 2011/83/UE-, sin prever la fijación de un nuevo plazo por parte del consumidor al empresario para verificar la entrega, sino remitiendo a este a que lo hiciese "sin demora indebida", lo que ha sido recogido por el legislador español en el artículo 66 bis LGCU, habilitando al consumidor para que requiera la entrega del empresario "en un plazo adecuado a las circunstancias".

Entiende Schulze (2020:101) que el juego de ambos artículos (el 5 y el 13 DCSD) obliga a los EEMM a conceder al consumidor el derecho a reclamar el cumplimiento, de acuerdo con un principio extendido en las legislaciones nacionales conforme al cual, la falta de cumplimiento no solo faculta para accionar la resolución del contrato, sino también para reclamar la prestación *in natura* que se hubiera pactado. Considera que la debida transposición de la Directiva comporta la obligación de establecer los medios procesales a favor del consumidor para su posible reclamación judicial contra el empresario.

Una cuestión relevante en relación con la entrega o realización del suministro es la exclusión que el artículo 3, apartado 3, de la DCSD hace de las reglas del artículo 5 DCSD, cuando el contenido digital deba entregarse en un soporte material, sin que para tales casos, se establezca disposiciones alternativas específicas. Apunta Gómez Ligüerre (2024:290-292) que dicha situación lleva a la aplicación supletoria de la regla sobre la entrega establecida en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2011/83/CE, que establece que, salvo acuerdo de las partes, los bienes deben entregarse, mediante la transmisión de su posesión material "sin demora indebida y en un plazo máximo de 30 días". Aplicación supletoria de dicho plazo máximo que queda en todo caso restringida, como decimos, a los supuestos de suministro del contenido digital en un soporte material –no se citan los servicios-. El mismo autor considera discutible esta solución por diversas razones, entre las que cita el que se genera un doble régimen en materia de suministro, no se atiende a los supuestos de contratos mixtos, o por no incluir los supuestos de servicios digitales, cuya prestación puede estar condicionada a la instalación de un elemento físico –como un decodificador-.

En nuestra opinión, no parece tan discutible la solución articulada, ya que se trata de dos supuestos claramente diferenciados, la entrega de los contenidos

digitales a través de medios electrónicos, o su entrega en soporte material, supuesto este último que se asemeja a los supuestos ordinarios de entrega de bienes materiales, y por tanto, parece lógico se rijan en cuanto a los plazos y condiciones de entrega por las reglas establecida en la Directiva 2011/83/CE, que como ya se ha dicho, tiene un carácter de norma general frente a la especialidad de la regulación contenida en la DCSD.

Otra previsión de la Directiva 2011/83/UE que se echa en falta en la DCSD es la contenida en el artículo 27 de aquella, relativa al contenido suministrado pese a no haber sido solicitado por el consumidor. Contempla expresamente dicha disposición el suministro de contenido digital o la prestación de servicios no solicitada, estableciéndose en dicho artículo 27 que el consumidor no está obligado a abonar contraprestación alguna en esos casos de suministro no solicitado, y que no se puede entender el silencio del mismo ante el suministro como consentimiento al mismo. En todo caso, será una norma que pueda completar el régimen normativo de la DCSD, pero extraña el que no se haya tratado expresamente la cuestión por la misma, siendo una norma específicamente dirigida a regular el contenido y los servicios digitales, y siendo estos casos de suministro no solicitado de los mismos, una realidad cotidiana en el marco del comercio de contenidos digitales.

La DCSD no ha previsto disposición alguna para los casos de imposibilidad de cumplimiento (inicial o ulterior al contrato), o para los casos de fuerza mayor que generen un impedimento al suministro de los contenidos, que deben en consecuencia de entenderse regulados por lo que las legislaciones nacionales prevean, bien de manera específica al incorporar la DCSD, bien de acuerdo con régimen supletorio aplicable a la cuestión en materia contractual[2]. Ello volverá a afectar, una vez más, a la uniformidad del régimen que se pretende armonizado en toda la UE, particularmente en relación con estos que pueden limitar la responsabilidad de empresario en casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación contractual, que no han sido abordados con carácter

[2] Al respecto, considera Gómez Ligüerre (2024:316) que aunque la naturaleza de los contenidos y servicios digitales "restringen el ámbito de supuestos en que pueda producirse una imposibilidad que exonere de responsabilidad al empresario" ante una imposibilidad sobrevenida para verificar la entrega, sin embargo el suministro de contenidos y servicios digitales no puede considerarse ajeno a los caos de fuerza mayor que puedan hacer imposible tal suministro, y por ello, inexigible al empresario.

general, en cuanto a su regulación sustantiva y medios de reparación, por el Derecho de contratos de la Unión.

2. – El régimen de conformidad en la DCSD

A) Consideraciones generales sobre el régimen de conformidad

En los artículos 6, 7, 8 y 9 DCSD se establece, propiamente, el régimen de conformidad, de los contenidos o servicios digitales que sean objeto del contrato. Esto es, a qué debe atenderse para poder determinar si lo suministrado en cumplimiento del contrato se ajusta plenamente a lo previsto en el mismo.

Señala Gómez Pomar (2024;349) que el régimen de garantía ante la falta de conformidad cumple una función por la que el empresario asume los riesgos por las consecuencias negativas que las irregularidades o discrepancias negativas en el objeto de contrato pueden causar al consumidor. El empresario debe asumir dichas consecuencias mediante las medidas de reparación que contempla la DCSD, tanto la reducción del precio, como la eventual resolución del contrato, con sus efectos restitutivos.

Su regulación en la DCSD comienza con un artículo 6 que se limita a establecer, a modo de disposición introductoria de esta parte de la Directiva, la obligación para el empresario de que los contenidos o servicios que suministre cumplan los requisitos enunciados en los tres artículos siguientes. Este encuadre del régimen de conformidad da relieve a una parte especialmente significativa de la regulación armonizada por la DCSD, que junto con la relativa a las medidas de reparación aplicables a dichos supuestos de no conformidad constituye quizá la parte más destacada de la regulación que aporta la DCSD.

En cuanto a los antecedentes del régimen de conformidad (que tanto evoca y viene a actualizar la institución del saneamiento en el derecho continental y, por

ende, español), se pueden encontrar los mismos tanto en el régimen de conformidad establecido en la propia Directiva 1999/44/CE, así como en el Reglamento CESL. En este ámbito de la regulación de conformidad es posible apreciar la evolución del acervo UE en materia de consumidores, empezando por la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, el *no nato* Reglamento CESL, y como dicho régimen se perfecciona precisamente en la DCSD y la DCL que es precisamente –esta última- la norma que viene a derogar y reemplazar a la Directiva 1999/44/CE[3].

Sobre la evolución del sistema de conformidad, Gómez Pomar (2014:354) sintetiza que se ha ido extendiendo en el derecho de contratos cuantitativa y cualitativamente, desde la regulación de la compraventa internacional de mercaderías, pasando por la Directiva 99/44/CEE, y de ahí al régimen de los contratos traslativos en las distintas legislaciones, homogeneizando y dando coherencia a la previa dispersión del régimen de cumplimiento defectuoso del comprador, así como los medios de reacción y responsabilidad por los vicios ocultos. Considera que el proceso, aun no culminado, ha supuesto "la construcción de una noción unitaria –la conformidad-", que ha permitido superar las abundantes incoherencias que, sobre la reglamentación del cumplimiento irregular o inexacto, presentaban a su juicio los sistemas legales de traición codificada. Citando a Martens y Grundmann, entiende que la conformidad se ha consolidado en el Derecho europeo de contratos como una categoría contractual general.

Partiremos de la exposición de Staudenmayer (2020:109) para profundizar en la evolución del régimen de conformidad en la normativa de Protección de consumidores de la UE, que tienen un precedente claro en el artículo 35 de la Convención de NN.UU. sobre la compraventa internacional de mercancías, precepto

[3] En relación con la situación en el Derecho español, en 2012 la profesora Castilla Barea ponía de relieve la coexistencia de una pluralidad de regímenes de saneamiento, atendiendo a las normas del CC, CCom y LGCU, cada una con su ámbito de aplicación propio, que "aun atendiendo a un mismo supuesto de hecho –que es la existencia de vicios o defectos ocultos, o más ampliamente, de faltas de conformidad de los bienes vendidos con lo estipulado en el contrato- ponen a disposición del adquirente unos elencos de remedios similares, aunque no idénticos […]" De ahí el avance que al respecto supone el avance del Derecho europeo de contratos y de protección de consumidores en cuanto a la homogeneización de esta diversidad de regímenes para la conformidad puestos de manifiesto por la doctrina.

que puede considerarse la inspiración tanto en cuanto a su estructura como en el contenido de las disposiciones posteriormente adoptados por la UE.

La Directiva 1999/44/CE comenzó estableciendo una aproximación exclusivamente subjetiva, conforme a la cual la conformidad venía determinada por lo marcado en el contrato. Su artículo 2 establecía, en el apartado primero, la premisa principal de que el vendedor venía obligado a entregar un bien que fuera conforme con lo establecido en el contrato. El segundo apartado del mismo artículo establecía hasta cuatro presunciones de cuando se cumplía este requisito de adecuación al contrato, que en todo caso, y lógicamente, comenzaban con la relativa a que el bien se ajustase a la descripción hecha por el vendedor y se ajustase a la cualidades y características del bien mostrado por aquel como modelo. Lo esencial de este enfoque es que corresponde a las partes establecer en el contrato las cualidades que debía reunir el bien, y que estas marcaban definitivamente la conformidad en el cumplimiento del contrato.

El sistema propuesto en el Reglamento CESL difería del anteriormente expuesto, donde la obligación del vendedor de asegurar la conformidad de los bienes con el contrato se definía, por un lado, de un modo subjetivo (al establecerse por su artículo 99 los requisitos para considerar que los bienes o contenidos digitales adquiridos cumplían lo establecido en el contrato). Pero se añadía en el artículo 100 un criterio de conformidad objetivo, referido específicamente a los bienes y a los contenidos digitales, en el que se definían unos parámetros de conformidad generales e independientes del concreto contrato.

Así, se exigía que los bienes o contenidos digitales fuesen aptos para cualquier uso especial comunicado al vendedor al celebrar el contrato, para los usos habituales u ordinarios a que se destinen ese mismo tipo de bienes, que reúnan las condiciones y cualidades de los bienes o contenido exhibidos como muestra o modelo exhibida por el vendedor, que su envasado fuese el habitual en ese tipo de género (o cuando no existiesen, la más apropiada para su conservación y protección), ser suministrados con los accesorios e instrucciones que el comprador pudiese esperar, reunir la cualidades indicadas en cualquier declaración precontractual que formase parte de las cláusulas del contrato, y una final, de

carácter más ambiguo, que exigía que los bienes o contenidos digitales reuniesen las prestaciones y cualidades que el "comprador pudiese esperar". Se trata de condiciones o requisito de imperativo cumplimiento, con independencia de las disposiciones del contrato.

Entre ambos modelos, la DCSD habría optado por un enfoque mixto de conformidad, si bien más próximo al modelo del Reglamento CESL (Staudenmayer. 2020:111), en la que incluso la terminología empleada en las rúbricas de los artículos 7 y 8 (requisitos subjetivos y objetivos de conformidad) reflejan esa evolución tendente a integrar los dos enfoques expuestos[4]. Destaca también como, en las disposiciones sobre régimen de conformidad, el legislador ha tratado de mantener la consistencia, tanto con la Directiva 1999/44/CE, como propiamente entre la DCSD y la DCL. Puede considerarse que la inclusión de unas exigencias objetivas de conformidad suponen dar un paso firme en la defensa de los derechos de los consumidores, considerando que ello establece un parámetro de exigencia para el empresario que queda fuera de su margen de influencia (con la salvedad de la posibilidad prevista en el apartado 5, del artículo 8 DCSD, salvedades aceptadas por el consumidor), ello teniendo en cuenta que, como apuntan Wiśniewska, K., & Pałka, P. (2023:394), la estrategia empresarial para prevenir el riesgo de omisión en este tipo de contratos consiste habitualmente en bajar el contenido y exigencia de los contratos a un nivel mínimo.

Goicovici (2020:80) afirma que al DCSD establece un claro sistema jerárquico de evaluación de la conformidad que da prioridad a los criterios subjetivos, que permite no obstante a los tribunales recurrir a los criterios objetivos cuanto el texto del contrato guarde silencio sobre un aspecto concreto o no ofrezca claridad suficiente, y en el que la carga de la prueba de la conformidad se hace recaer sobre

[4] "In assessing said defectiveness, the EU has identified two types of criteria that should be used to determine whether a performance by the trader is in conformity with the contract. On the one hand, there are the subjective requirements for conformity, agreed upon by the parties in the contract itself, such as the description of the subject matter of the contract, the quantity of the content or services supplied and their quality as well as other characteristics, such as functionality, compatibility, and interoperability. As highlighted in Recital 42 of the Directive, pre-contractual information should also be considered equivalent to the requirements laid down in the contract. Similarly, digital content or services' fitness for a particular purpose that the consumer made known to the trader and in respect of which the trader has given acceptance constitutes the criterion of subjective requirements for conformity with the contract. Digital content or service should also be supplied with all accessories, instructions and customer assistance and be updated as stipulated by the contract". Wiśniewska, K., y Pałka, P. (2023:394).

el empresario. Aunque el artículo 8 afirma expresamente que los contenidos y servicios digitales deben cumplir los requisitos de conformidad tanto del artículo 7 (criterios subjetivos) como del 8 (criterios objetivos), considera no obstante que los criterios subjetivos constituyen los verdaderos pilares del sistema de no conformidad establecido en la DCSD, mientras que los criterios objetivos tienen un carácter subsidiario en defecto de los anteriores. El consumidor puede además excluir la aplicación de los criterios objetivos (*opt-out*) si los contenidos o servicios se apartan de los estándares técnicos normalmente aplicables, y ello ha sido expresamente aceptado por aquel, como veremos prevé el apartado 5 del artículo 8 DCSD.

No obstante, la cuestión no es pacífica, en la doctrina europea, que debate sobre que categoría, subjetiva u objetiva, debe primar[5]. Un sector importante de los comentaristas que se han pronunciado sobre las Directivas de 2019 o sobre las normas por las que se han transpuesto afirman la prioridad casi total de los criterios objetivos, mientras los requisitos contractuales o subjetivos tendrían un papel meramente complementario o de ampliación (Gómez Pomar. 2024:377). Y ello pese a que, como recuerda Cámara Lapuente (2016:26), daba clara prioridad a los criterios de conformidad establecidos en el contrato frente a los fijados legalmente.

En cuanto a la valoración del régimen de conformidad recogido en la DCSD, Gómez Pomar (2024:355) no la considera un avance en la aproximación de los regímenes contractuales general y de consumo en lo relativo a lo digital, y que la respuesta dada por la DCSD en esta cuestión a las especificidades de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ha sido más tímida que la que venía dominando en el ámbito de la compraventa de bienes[6].

[5] Un sector importante de los comentaristas que se han pronunciado sobre las Directivas de 2019 o sobre las normas por las que se han transpuesto afirman la prioridad casi total de los criterios objetivos, mientras los requisitos contractuales o subjetivos tendrían un papel meramente complementario o de ampliación

[6] Gómez Pomar apoya esta valoración invocando las disposiciones del BGB alemán sobre productos digitales (§ 327 y ss), que al transponer la DCSD ha limitado su aplicación a los contratos entre empresas y consumidores, y como en la misma norma germana, también por la transposición de la DCSD, los preceptos § 475a y § 475b han venido a limitar la situación legal existente tras la transposición de la Directiva 1999/44/CEE, al circunscribir el régimen de conformidad de bienes con elementos digitales a las ventas de consumo.

Finalmente, hay que recordar que es un sistema de no conformidad que, de acuerdo con el objetivo de "armonización máxima selectiva" que guía toda la DCSD, impide a los EEMM apartarse de sus contenidos, sea para establecer un parámetro de protección superior o inferior al de la Directiva.

B) Requisitos subjetivos de conformidad

La DCSD, como hemos enunciado, establece en los artículos 7 y 8 una serie de condiciones para tener por conformes los contenidos o servicios suministrados, distinguiendo entre condiciones subjetiva y objetivas. Señala Gómez Pomar (2024:376) que han sido la DCSD y la DCL las que han consagrado en la regulación estas dos categorías de requisitos de conformidad, cosa que no se había hecho ni en la Directiva 1999/44/CE ni en la propuesta de Reglamento CESL.

El artículo 7 DCSD, relativo a las condiciones subjetivas, se refiere a la adecuación de los contenidos o servicios suministrados con las disposiciones particulares del contrato, incluyendo entre ellas la descripción, cantidad, calidad, funcionalidad, compatibilidad o interoperabilidad recogidas en el contrato, la mención a la adecuación para los fines especificados expresamente por el consumidor al efectuar el encargo (que hemos visto figuraba ya en el artículo 2, apartado 2, b) de la Directiva 1999/44/CE).

Igualmente atiende a que se hayan suministrado con los accesorios e instrucciones previstas en el contrato que como hemos visto recogía el artículo 100 del Reglamento CESL, si bien en este caso, como mejora en el precepto, se incluye también la mención a que dichos accesorios e instrumentos deben incluir los relativos a la instalación y asistencia al consumidor, aspecto que resulta particularmente conveniente en un ámbito tan complejo técnicamente para el consumidor medio.

Las dos primeras previsiones del artículo se refieren a posibles defectos que afectarían propiamente a los contenidos o servicios digitales, mientras que los dos

segundos vienen referidos a elementos adicionales (accesorios, instrucciones, asistencia al consumidor, o actualizaciones) que las partes hayan, en su caso, acordado expresamente en el contrato. Siguiendo a Staudenmayer (2020:124-129), la primera previsión del artículo tiene origen en la propuesta de Reglamento CESL, mientras que la segunda se habría traído también de la misma propuesta y del régimen objetivo de conformidad de la Directiva 2011/93/CE. La tercera también tendría origen en la propuesta de Reglamento CESL, mientras que la cuarta, relativa a las actualizaciones, sería una disposición original de la DCSD.

Es interesante al examinar este artículo volver la vista al considerando 43 DCSD, en cuanto clarifica alguna de las menciones recogidas en los artículos 7 y 8. Así refiere la mención a la "funcionalidad" a las "formas en que pueden utilizarse los contenidos y servicios digitales", explicando seguidamente que se está haciendo referencia a posibles regulaciones especiales, bien de protección de derechos o de codificación regional, que pueden afectar a la plena operatividad para cumplir los fines para los que fueron adquiridos los contenidos o los servicios digitales.

La "compatibilidad" se explica que se refiere a la seguridad de que los contenidos o servicios digitales pueden funcionar con máquinas o software distintos de los que habitualmente se utilizan para acceder a los mismos. Finalmente, se refiere también al "buen funcionamiento", que describe como la capacidad para que los reiterados contenidos y servicios digitales puedan intercambiar información con dichas máquinas o software de forma eficiente y útil en cuanto a la posibilidad de utilizar la información intercambiada. Es este considerando 43 un buen ejemplo de adecuada utilización de los considerandos para arrojar luz sobre el sentido de los preceptos sustantivos de una norma jurídica.

Las previsiones de este artículo 7 DCSD son presunciones que deben aplicarse cumulativamente, como cabe deducir de la redacción del artículo, salvo que por las características del contrato no proceda considerar alguna de ellas, como resulta de la mención final "cuando sea de aplicación". Igualmente, debe considerarse que no es una relación exhaustiva, como resultaría a su vez del término "en particular", incluido en la primera frase.

Las condiciones para la conformidad de este artículo 7 DCSD deben aplicarse en relación con las cláusulas particulares del contrato celebrado entre empresario y consumidor, que en la casi totalidad de ocasiones procederán de términos y condiciones estándar habitualmente utilizados por el empresario, cuya interpretación, en caso de discrepancia, habrá de regirse por las normas interpretativas que se hallen establecidas en la legislación nacional correspondiente. Y ello en cuanto, tampoco sobre esta cuestión la DCSD contiene reglas propias (a diferencia de lo que se hacía en la propuesta de Reglamento CESL, cuyos artículos 58 a 65 contenían disposiciones para guiar la interpretación de las disposiciones contractuales pactadas). Sí ha de tenerse en cuenta el considerando 42 *in fine* DCSD, que en alusión a los requisitos del contrato –incluida la información precontractual que deba considerarse parte del mismo conforme a la Directiva 2011/83/CE- establece que dichos requisitos también podrían incluirse en un "acuerdo de nivel de servicio", cuando tales acuerdos, conforme a la legislación nacional, formen parte de la relación contractual establecida.

Para la posible consideración como abusivas de las cláusulas contractuales a estos efectos, Staudenmayer (2020:122) considera de aplicación la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Cabe señalar que dentro de la amplísima jurisprudencia a que ha dado lugar dicha Directiva 93/13/CEE no existen ejemplos, al menos por el momento, de aplicación de la misma a cláusulas incluidas en contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

C) Requisitos objetivos de conformidad

El artículo 8 DCSD recoge los requisitos que se deben cumplir para la conformidad objetiva de los contenidos y servicios digitales objeto del suministro, que, siguiendo la técnica expuesta del Reglamento CESL, se desvinculan ya del contenido específico del contrato y resultan generalmente exigibles. Las cuatro condiciones recogidas en su apartado 1 recogen, de forma mejorada y adaptada en

su redacción al carácter exclusivamente digital, las que se incluían en los artículos 99 y 100 de la propuesta de Reglamento CESL.

Gómez Pomar (2024:402) se refiere a los criterios objetivos de conformidad como el intento del legislador para delimitar la conformidad de los productos digitales "según lo que pueden esperar que una mayoría de contratantes informados y atentos habrían elegido si pudieran alcanzar un acuerdo sobre esa dimensión o aspecto de su relación contractual en las condiciones adecuadas".

La redacción del encabezamiento del precepto (al igual que ocurre en el artículo 7), indica el carácter acumulativo de las condiciones previstas en el mismo, si bien, como se aclara en algunos de los apartados, su aplicación quedará condicionada a que resulta aplicable la revisión (a tal efecto, se utilizan las expresiones "cuando sea de aplicación", apartado a), o "en su caso", apartado c)).

Staudenmayer (2020:135) apunta la posibilidad de que la aplicación de estas previsiones pueda llevar a resultados diferentes entre sí (cabe entender que en unos casos favorables a la conformidad del suministro y en otros contraria al mismo), supuesto en que el resulta necesaria una jerarquización de tales requisitos que priorice unos sobre otros para determinar el efecto a que debe atenderse. Entiende dicho autor que el apartado d) debe considerarse prioritario sobre el c) y b), el b) sobre el a), mientras que el c) sería el último a considerar en caso de suscitarse tal conflicto. Esta ordenación la propone siguiendo la antes establecida sobre los criterios del artículo 35. 2 de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercadería, y nos parece plenamente compartible.

i. Aptitud de los bienes para los fines a que se destinan

Respecto del apartado a), relativo a la aptitud para los fines a que habitualmente se destinen los contenidos, habrá de interpretarse en relación con los fines para los que normalmente los utilice el consumidor medio (Staudenmayer. 2020: 136), excluyendo como punto de referencia tanto al experto en tecnología

digital como al completamente lego en la misma. En este sentido, debe hacerse referencia al considerando 46 DCSD, que clarifica que el "criterio de razonabilidad" empleado en varias ocasiones por la DCSD: "debe determinarse teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas. […]"

Al respecto, y por la proximidad de estos conceptos a un parámetro medio que debe determinarse en razón de las condiciones consideradas en el caso, resulta interesante recordar que este concepto del "consumidor medio" es una creación de la jurisprudencia del TJUE, principalmente en casos relativos a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE[7].

En la reciente sentencia *Caixabank* (C-450/22) del TJUE se ha vuelto a recordar que los conocimientos específicos que cabe entender que tiene un consumidor deben establecerse, en casos de acciones tanto individuales como colectivas, en razón del estándar de conocimientos del consumidor medio[8]. Y ello debido a que la heterogeneidad del público afectado hace imposible examinar la percepción (o en este caso, el nivel individual de conocimientos sobre tecnología digital) de todas las personas que componen ese público. Ello obliga a recurrir "a la ficción jurídica del consumidor medio, consistente en concebir a este como una única y misma entidad abstracta cuya percepción global es pertinente a efectos de su examen"[9].

[7] Cámara Lapuente (2024:190) señala al respecto: "[e]s bien conocido que la noción de "consumidor medio" ("average consumer") surgió en el Derecho privado europeo por vía jurisprudencial en la década de 1990. Las primeras Directivas comunitarias de protección de consumidores, como la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, sobre publicidad engañosa o las normas de etiquetado de productos, sobre las que, a la postre, versó esta jurisprudencia pionera, no contenían ninguna referencia al respecto". En el mismo artículo de 2024 realiza un análisis de la evolución de este concepto de consumidor medio en la jurisprudencia del TJUE, señalando , entre otras cuestiones, que "el TJUE ha venido manteniendo de manera invariable el estándar objetivo "apegado al consumidor medio y ha desvinculado el control de transparencia de los concretos conocimientos, profesión o experiencia del consumidor incluso en ese tipo de casos extremos (empleado de banca o abogado especializado que solicita préstamo con cláusulas no transparentes o abusivas) , si bien ha ido introduciendo, especialmente en los dos o tres últimos años, precisiones del máximo interés que a veces han pasado desapercibidas por el carácter mediático y trascendental de algunos fallos de los que se han destacado otras cuestiones" (CÁMARA LAPUENTE. 2024:188)

[8] Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024, *Caixabank,* C-450/22, ECLI:EU:C:2024:577, apdo. 50.

[9] Ibídem, apdo. 52.

Quizá lo más interesante de esta reciente sentencia en la materia es el apunte hecho por el Tribunal sobre que el nivel de percepción (o de conocimiento medio) del consumidor debe entenderse que puede evolucionar en función del transcurso del tiempo, y en atención a elementos como una modificación legislativa o, en aquel caso referido específicamente a consumidores de productos financieros, a una modificación jurisprudencial ampliamente difundida. No parece alejado una aplicación *mutatis mutandi* de estas consideraciones en la consideración de cual deba ser el nivel de conocimiento imputable al consumidor medio, a los efectos de establecer cual se el fin a que normalmente se destinen los contenidos o servicios digitales.

Este apartado a) del artículo 8 DCSD hace también referencia a las normas vigentes en la UE o la legislación nacional, así como a toda norma técnica existente o, en su defecto, código de conducta de la industria del sector. Aquí por tanto habría que distinguir (Staudenmayer. 2020:137) dos niveles diferentes, uno relativo a la normativa sectorial de la UE, en caso de existir, y al que se debe dar preferencia, y un segundo referido a la normativa nacional general del Derecho de contratos. Sobre el primer nivel, el considerando 48 DCSD plantea dos ejemplos de que la falta de conformidad obedezca al incumplimiento de las obligaciones previstas en el RGPD, que sería una de estas normativas sectoriales UE que integrarían el primer nivel referido.

Esta previsión de que la falta de conformidad pudiese tener su causa en requisitos dimanantes de normativa específica de la Unión generó resistencia en los debates de la propuesta en el Consejo por parte de algunos EEMM, que dieron lugar a ese extenso considerando 48, y a que en el mismo se hiciese específica mención a las "circunstancias del caso" que en todo caso deberían ser tenidas en cuenta para determinarlo.

Otra área regulatoria específica del Derecho de la UE que puede ser previsible origen de esta modalidad de falta de conformidad es el Derecho de Propiedad intelectual de la UE. La interacción con este ámbito jurídico es tratada específicamente en el considerando 54 DCSD, en el que se refiere expresamente la posibilidad de que las limitaciones en el uso de los contenidos o servicios digitales

por el consumidor pueda venir determinada por una vulneración de los derechos de terceros que impidan completamente al consumidor el acceso a los contenidos, o que no permitan un acceso lícito. También los supuestos en que sean dichos terceros, titulares de copyright, los que obliguen al empresario a cesar en una vulneración que viniese produciéndose, y ello incida negativamente en el uso por el consumidor de los contenidos adquiridos. En tales casos, se recuerda por dicho considerando el consumidor debe tener acceso a los remedios aplicables en caso de falta de conformidad, salvo que la norma nacional disponga la nulidad o rescisión del contrato. En relación con esta posible interacción con el ámbito de la Propiedad intelectual, Staudenmayer (2020:138) recuerda el derecho a la copia privada que tiene también aplicación en relación con los programas de ordenador.

En relación con la mención a las normas técnicas o códigos de conducta sectoriales que también pueden determinar la falta de conformidad objetiva del suministro, la propuesta de la Comisión se refería a "cualquier norma técnica internacional existente", optándose en el Consejo por la actual referencia más amplia que incluye las normas sectoriales nacionales. Asimismo, la propuesta original aludía, además de a código de conducta, a "buenas prácticas industriales", mención también suprimida en el texto definitivamente aprobado[10].

Gómez Pomar (2024:403) considera finalmente que, a efectos de determinar la aptitud del contenido o servicio digital de acuerdo con este parámetro de conformidad objetivo, deben atenderse otros factores, com la función económica del producto y las pautas habituales del mercado, aunque no se puedan calificar como normas técnicas o códigos de conducta. Añade que el patrón de normalidad también debe aplicarse a los contenidos o servicios "de encargo", referidos en el artículo 3, apartado 2, DCSD, por no considerar convincente que dichos supuestos deban quedar enteramente en el ámbito de los criterios subjetivos de conformidad. En relación con esto último, no puede sin embargo dejar de señalarse que se trata de supuestos en que el contenido o servicio digital se ha desarrollado de acurdo con las

[10] Véase la redacción del artículo 6, apdo. 23, letra b), de la propuesta originalmente presentada por la Comisión.

especificaciones del consumidor, que tendrán a nuestro juicio un papel claramente preponderante

En cuanto al apartado b), referido a la cantidad, cualidades y características de funcionamiento habituales que presenten normalmente los contenidos y que el consumidor pueda razonablemente esperar. No se ha seguido en este punto la redacción del artículo 100, letra g), de la propuesta de Reglamento CESL, donde para determinar de lo que se entendiese que pudiese esperar el consumidor, se establecía el parámetro de que los contenidos fuesen suministrados o no a cambio de un precio. Parece adecuado, no solamente porque esa referencia convertía en mucho más indeterminado un concepto que ya lo era de por sí, sino también porque la DCSD no contempla la existencia de un contrato sin contraprestación, al haberse admitido que la misma consista en la entrega por el consumidor de sus datos personales.

En relación con las "expectativas razonables" que el consumidor pueda tener, en el examen de la propuesta en el informe encargado por el Parlamento se apuntaba la dificultad que presenta la determinación de las mismas, debido a la cambiante naturaleza del contenido digital[11]. Al respecto, nos remitimos a lo antes dicho en cuanto a la posible aplicación de la construcción jurisprudencial del consumidor medio. Staudenmayer (2020:141) pone de relieve que con la referencia a las características o cualidades que "normalmente" presentan los contenidos digitales, la DCSD asume un enfoque objetivo, estandarizado, si bien también resalta que, en comparación con los bienes tradicionales, lo que deba considerarse "normal" en relación con los contenidos o servicios digitales puede resultar difícil de establecer debido a la rápida evolución de los usos y prácticas del mercado.

En cuanto a la significación de los términos funcionalidad o interoperabilidad, nos remitimos al comentario anterior sobre el considerando 43 DCSD. Por otro lado, debe considerarse que este apartado b) permite tener en

[11] "Exactly this point, the assessment of the reasonable expectations that consumers may have, can be problematic in relation to digital content. Objective benchmarks for that assessment are usually not available because of the innovative nature of digital content products. To the extent that contract law can regulate the outer contours of the reasonable expectations that consumers may have—noting that constraints might exist because of intellectual property rights or technical protection measures that prevent transfer of digital content—the following observations can be made". (Parlamento Europeo. Mak, 2016:15)

consideración también los mensajes publicitarios y cualquier declaración pública efectuada por el empresario o en su nombre, como parámetro objetivo de conformidad, que determinará la responsabilidad del empresario. Y ello salvo que éste pueda acreditar cumplidamente que no tenía conocimiento o no podía tenerlo, en el momento de la celebración del contrato, de dichas declaraciones públicas. También podría eximirse de responsabilidad por declaraciones de ese tipo si en el momento de la perfección del contrato, el empresario ha podido desmentir o clarificar dichas declaraciones en forma y medio similar a aquel en que se emitieron, o, en último extremo (y a modo de prueba diabólica por su extrema dificultad), pueda demostrar que la decisión del consumidor de adquirir los contenidos o servicios digitales no estuvo en modo alguno determinada ni influida por dichas declaraciones públicas (Goicovici, 2020:85).

ii. Requisitos de cantidad, cualidad y características de funcionamiento

Este apartado b) aborda también un aspecto clave en el ámbito a que se refieren los contratos considerados, como es el de las actualizaciones[12]. Se impone al empresario el asegurarse de que se comuniquen y suministren tales actualizaciones durante todo el periodo de tiempo durante el que se extienda el suministro de los contenidos o servicios, según se haya pactado en el contrato, o el que razonablemente el consumidor pueda esperar, considerando el tipo y finalidad de contenidos y servicios pactados, así como las circunstancias y naturaleza del contrato, en este segundo caso cuando lo pactado sea un único acto de suministro o varios actos separados. La falta de suministro de las actualizaciones puede constituir una causa de no conformidad, aunque se haya efectuado el suministro inicial con total corrección, objetiva y subjetiva, y la circunstancia de que las

[12] Gómez Pomar (2024:423) señala que por la vía de las actualizaciones se viene a establecer en la DCSD que el deber de conformidad no se limita al momento inicial del suministro, sino que lo proyecta hacia el futuro para conseguir que la conformidad se mantenga durante el periodo contratado o durante el tiempo en que el consumidor pueda razonablemente esperar que los contenidos o servicios digitales contratados seguirán siendo conformes.

actualizaciones suministrados también puedan, en sí mismas, determinar la falta de conformidad cuando sean defectuosas o incompletas, como recuerda también el considerando 44 DCSD.

En cuanto a las actualizaciones se refiere, cabe destacar la obligación que incumbe al consumidor en cuanto a la instalación diligente de las mismas (esto es, en un plazo razonable) de las que se le hayan suministrado. El incumplimiento de esta obligación puede determinar, conforme a lo previsto en el artículo 8, apartado 3, de la DCSD, la ausencia de responsabilidad del empresario ante la falta de instalación de las actualizaciones, si por su parte hubiese sido diligente al informar al consumidor sobre su existencia, disponibilidad y consecuencias de su no instalación, y siempre que su no instalación, o instalación defectuosa, no pueda imputarse a deficiencias en las instrucciones proporcionadas por el empresario.

Se ha puesto de relieve también, en la enumeración de aspectos que debe cumplir el suministro conforme a este apartado b) (funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad), la omisión de la interoperabilidad (Staudenmayer. 2020:142), cuya inclusión fue insistentemente reclamada en los debates en el Consejo por un Estado miembro –Alemania-, particularmente por referencia al sector de los *e-books* o libros digitales en que existiese un operador absolutamente dominante en el mercado. Afirma este autor que la inclusión de la compatibilidad, pero no de la interoperabilidad (entendiéndose que se refiere al artículo 8, puesto que dicho concepto sí se recoge en el artículo 7), tiene consecuencias económicas significativas y manifiesta el distinto modo en que el legislador aborda la prohibición de las prácticas de los operadores en el mercado para vincular a los consumidores con una tecnología o servicio. Así, la redacción finalmente elegida lleva a considerar que no son en adelante posibles las prácticas de los operadores destinadas a impedir el uso de un contenido o servicio digital con un *software* o *hardware* con el que otros contenidos o servicios del mismo tipo se venían normalmente utilizando y cuyo uso podría razonablemente esperarse por el consumidor, mientras que si podrán mantenerse los obstáculos a esa utilización cuando se considere que el consumidor no iba razonablemente a esperar que ese uso fuese posible. No ocurrirá lo mismo en caso de que la interoperabilidad se

hubiese pactado expresamente, dado que como se ha señalado, sí se incluye entre los requisitos subjetivos de conformidad del artículo 7.

La referencia a la seguridad del apartado b) debe entenderse hecha tanto a la protección del propio contenido o servicio digital que se suministra, como al entorno digital del consumidor adquirente, fundamentalmente frente a ciberataques dirigidos a acceder a sus datos o a modificar o destruir datos o incluso el *hardware* que utilice para acceder a los contenidos digitales adquiridos. Tiene en todo caso una vinculación clara con la dimensión de ciberseguridad (Staudenmayer. 2020:144).

Al respecto de la cuestión, resulta interesante reseñar la aproximación más explícita a los posibles defectos de seguridad del contenido digital suministrado que se recoge en la Ley británica de Derechos de los consumidores de 2015. En ella se regula expresamente, entre los supuestos que generan la responsabilidad del empresario, el que los contenidos digitales hayan causado daño a los dispositivos del consumidor o a su contenido, extendiendo la responsabilidad contractual de mismo a su reparación o a indemnizar al consumidor por los mismos[13], régimen que supone una especialidad concreta en la legislación británica para los contratos de suministro de contenido digital, que no se recoge en otro tipo de ventas a consumidores (Krebbs. 2018:132). Se asume así al respecto un enfoque más expreso

[13] Consumers Right Act 2015. Section 46 (1): Remedy for damage to device or to other digital content: "(1) This section applies if (a) a trader supplies digital content to a consumer under a contract, (b) the digital content causes damage to a device or to other digital content, (c) the device or digital content that is damaged belongs to the consumer, and (d) the damage is of a kind that would not have occurred if the trader had exercised reasonable care and skill". https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/46 . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Las notas explicativas de la norma señalan lo siguiente: "219. Currently, if a consumer downloads some software that contains a virus, he/she could seek to make a negligence claim against the trader if the virus caused loss or damage to the consumer's device or other digital content; claiming that the trader breached a duty of care and skill which caused the consumer loss. This may not be obvious to consumers, however, and this type of negligence claim does not have statutory underpinning. The intention behind this section is therefore to engage the principles behind a negligence claim but limit the type of loss that can be claimed. This section applies to all digital content contractually supplied, whether paid for with money, or free (as long as it is provided pursuant to a contract). 220. If the consumer can demonstrate that the digital content caused damage to the consumer's device or other digital content and the damage was caused because trader failed to use reasonable care and skill to prevent it, then the consumer is entitled to a remedy. The trader can either offer either to repair the damage (as long as that can be done within a reasonable time and without significantly inconveniencing the consumer), or to financially compensate the consumer for the damage. Once the trader agrees the consumer is entitled to compensation, the payment must be made without undue delay and at the latest within 14 calendar days. The trader cannot charge the consumer a fee for the payment of the compensation"

y claro que en la DCSD sobre el alcance y consecuencias de este supuesto de no conformidad, de particular afectación para los consumidores.

La cuestión de los posibles daños causados por el contenido o servicio suministrado al entorno digital del consumidor ha sido objeto de preocupación en la doctrina y organizaciones de defensa de los consumidores desde el inicio de la negociación de la DCSD, dada por un lado la falta de uniformidad en los enfoques sobre este tipo de responsabilidad que se encontraban en las legislaciones nacionales (la mayoría de las cuales venía a considerar tales daños como un incumplimiento contractual, si bien alguna como la alemana lo regulaba desde la perspectiva del daño extracontractual por infracción del deber de cuidado[14]), así como por la posibilidad de que el régimen de la DCSD obligase a modificar o reducir sistemas de protección nacionales por daño extracontractual[15].

iii. Suministro de accesorios e instrumentos

El apartado c) del artículo 8 DCSD se refiere al suministro de los accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir con el contenido suministrado.

Con Gómez Pomar (2024:406), puede entenderse como accesorio cualquier elemento que, "sin formar parte integrante del producto digital, habitualmente lo acompaña y puede afectar a las prestaciones, a la funcionalidad o a la utilidad del mismo". Por su parte Staudenmayer (2020:147) incluye en el concepto cualquier elemento, físico o digital, que influya de algún modo en el acceso o utilización del

[14] "I am also unsure about the traders' liability if the digital content causes harm to the consumer's "digital environment" - e.g it corrupted other digital content on the consumer's appliance. In many countries this situation would simply be seen as a form of breach of contract by the trader, but it has been suggested that in others (e.g. in German law) this would fall within a duty of protection, and that duties of protection are outside the scope of the Directive" Beale (2021:104).

[15] "We would add that we would be fundamentally opposed to treating Article 14 as setting out the ONLY circumstances in which the consumer can recover damages for non-conformity, i.e. as excluding damages under national law. Where, for instance, the consumer's home burns down due to defective smart home software or the consumer is killed in a car accident due to defective navigation cloud service the DCD should not possibly have the effect of barring a claim for damages. (European Law Institute. 2016:32).

contenido (puede entenderse así tanto referido a un dispositivo de verificación externa de identidad, como al suministro de un código PIN que permita el acceso del consumidor), e incluso, que incluya el empaquetado ordinario o habitual para el tipo de bienes que incorporen el contenido o servicio digital (por ejemplo, si hablamos de un DVD, es esperable que el mismo se entregue con una protección suficiente que evite que sufra daños durante el proceso de entrega[16]).

Aunque su previsión estaba ya incluida en el artículo 99 de la propuesta de Reglamento CESL como requisito objetivo de conformidad, el mismo adquiere si cabe mayor relevancia en el contexto de la DCSD, y deben extenderse no únicamente a las relativas a la instalación del contenido (en la mayor parte de supuestos absolutamente necesarias y, por tanto, esperables), sino también a las precisas para la integración de los contenidos, si bien esta segunda cuestión se trata de manera más concreta y explícita en el artículo 9 DCSD.

Las expectativas razonables del consumidor en relación con las instrucciones pueden entenderse referidas no solo a su existencia, sino a su contenido y presentación. Esto incluye que las mismas se reciban traducidas al idioma del consumidor (que debe presumirse, en defecto de otra indicación, que será el oficial del lugar donde este tenga su domicilio y deban suministrarse los contenidos). También implica que dicha traducción tenga una calidad mínima para entender de manera suficiente los requerimientos o actuaciones precisas para instalar, acceder o utilizar los contenidos digitales adquiridos. También considera Staudenmayer (2020:148) que no pueden considerarse recibidas las instrucciones cuando el acceso a las mismas (por ejemplo, a través de un teléfono de contacto con el suministrador) implique una carga excesiva para el consumidor, bien en términos de costes, o porque se le imponga un horario de acceso excesivamente limitado o

[16] La referencia al embalaje o envasado no aparece en la Directiva 1999/44/CE, aunque sí en el artículo 35 2 de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercaderías. Como antecedente más próximo, esta mención se contenía en el artículo 99 de la propuesta de Reglamento CESL como requisito subjetivo de conformidad, esto es, de acuerdo con lo previsto en el contrato, y también en su artículo 100 entre los requisitos objetivos, aludiendo en este último caso a "la forma habitual para tales bienes o, cuando no exista tal forma, de la forma más adecuada para conservarlos y protegerlos". Nos parece mejor la opción de la DCSD de incluirlo entre los requisitos objetivos".

incompatible con lo que deban considerarse horarios normales en su lugar de residencia.

Para el caso de suministro que se prolongue en el tiempo, cualquier cambio en las instrucciones que pueda introducir el empresario deberá ser comunicado al consumidor que mantiene la vigencia del contrato, en cuanto sea necesario para comprender cualquier modificación que se haya introducido (y el consumidor deba aplicar), para continuar accediendo o empleando los contenidos o servicios.

iv. Conformidad con las versiones de prueba o vista previa

El último apartado d) del artículo 8 DCSD exige la conformidad de lo suministrado con la versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios, que fueron puestos a disposición del consumidor antes de perfeccionar el contrato. La DCSD recoge en este punto una redacción diferente, tanto de la del artículo 100, letra d), de la propuesta de Reglamento CESL[17], como del artículo 2, apartado 2 letra a) de la Directiva 1999/44/CE[18]. Igualmente, difiere este apartado de la propuesta inicial de DCSD presentada por la Comisión, que no incluía este criterio[19].

Así por ejemplo, en los dos primeros textos citados se alude a una actuación activa del empresario –exhibición o presentación al consumidor-, que no recoge este apartado de la DCSD, que se limita a mencionar una "puesta a disposición" que puede entenderse como general y no específica para el consumidor. Al respecto, habrá que poner en conexión este supuesto con el apartado 5 del artículo 8 DCSD, donde sí se alude al supuesto específico de que el consumidor hubiese recibido información específica de alguna característica concreta de los contenidos o servicios suministrados, aunque ello no pueda servir de excusa, entiende Staudenmayer

[17] "Los bienes o los contenidos digitales deberán: poseer las mismas cualidades de los bienes o los contenidos digitales que el vendedor exhibió al comprador como muestra o modelo;"

[18] Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo".

(2020:150) para el supuesto en que la versión de prueba contuviese elementos no presentes en el contenido o servicio finalmente adquirido, caso en que este apartado d) sería plenamente aplicable[20]. Para Gómez Pomar (2024:405), el uso de muestras, modelos, versiones de prueba o vistas previas constituyen elementos dentro del proceso contractual que amplían la información del consumidor sobre lo que va a recibir, "le permiten percibir de manera más plástica y exacta ciertas cualidades y propiedades de lo que se propone adquirir".

Sin embargo, la redacción finalmente incluida en este artículo 8, letra c), DCSD parece una adaptación bastante adecuada a las características de la realidad a regular, donde en muchas ocasiones la decisión del consumidor de contratar un contenido viene determinada por el acceso previo y gratuito que el empresario le ha permitido a una versión o modelo del producto ofertado, supuesto en el que parece razonable que el finalmente adquirido deba reunir, cuanto menos, todas las prestaciones o características advertidas por el consumidor en el acceso a esa versión previa o de prueba. Staudenmayer (2020:148) entiende que la razón por la que este apartado fue incluido en el texto final es que los contenidos o servicios digitales son habitualmente adquiridos en línea sin contacto directo con el vendedor a la hora de decidir la transacción, por lo que una versión de prueba del producto tiene una gran influencia en la decisión del consumidor.

El apartado 2 del artículo 8 DCSD se refiere a la cuestión de las actualizaciones ya mencionada al tratar el apartado 1 b), y hace recaer sobre el empresario la obligación de comunicar y suministrar al consumidor todas las que sean precisas para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales durante todo el período a que se extienda el suministro pactado en el contrato, o en caso de suministro en un único acto o en varios separados, el tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar. Esta redacción tiene su precedente, en

[20] Ello quedaría corroborado también, según el mismo autor, por la modificación propuesta por el Parlamento de incluir una modificación a la redacción de este supuesto de conformidad, en el que se exceptuaba el caso en que la diferencia entre el contenido o servicio suministrado y la versión de prueba conocida por el consumidor antes de contratare había sido puesta de manifiesto a este por el empresario antes de la conclusión del contrato (enmienda 98 de la Comisión conjunta IMCO/JURI). No obstante, tal previsión, con un alcance más general, puede entenderse incluida en el apartado 5 del artículo 8 finalmente incluido en la DCSD si recoge un efecto similar limitativo de la no conformidad, si bie

forma más simplificada, en el artículo 105, apartado 4, de la propuesta de Reglamento CESL.

Las actualizaciones a que se refiere este apartado (así como las tratadas en el apartado 3 a que nos referiremos seguidamente) son las que pueden denominarse actualizaciones "correctivas", destinadas a la adecuada instalación, integración y funcionalidad de los contenidos y servicios digitales suministrados, y no a las actualizaciones "innovativas", que como señala Barceló Compte (2024:27), entran en el ámbito de la modificación de los contratos y debe en consecuencia analizarse en el artículo 19 DCSD.

Sobre los plazos a que puede extenderse esa razonable expectativa del consumidor a seguir obteniendo actualizaciones (en particular, las de seguridad) se trata de aclarar la cuestión en el considerando 47 DCSD, que señala tres posibilidades: en el caso de los contenidos y servicios cuya finalidad es limitada en el tiempo, el periodo de tiempo que el consumidor puede esperar debe ser coincidente con esa duración; en el caso de contenidos o servicios de otro tipo, se señala que el periodo de tiempo en el cual deben proporcionarse actualizaciones puede coincidir con el período de responsabilidad del empresario por falta de conformidad o incluso ampliarse más allá en el caso, por ejemplo, de las actualizaciones de seguridad. En todo caso, hubiese sido preferible la fijación de unos plazos concretos, en vez de fiarlos a un concepto jurídico tan poco determinado como el del tiempo que razonablemente pueda esperar el consumidor, que no es la mejor opción desde el punto de vista de la seguridad jurídica (Staudenmayer. 2020:159).

La distinción en cuanto a la existencia de un único acto o de varios actos separados de suministro es objeto del considerando 56 DCSD, que explica que en estos supuestos, a diferencia del caso en que el suministro deba extenderse durante un periodo de tiempo, se refiere a las categorías de contenido o servicio digital que pueden ser objeto de una descarga (o de varias diferentes) por el consumidor, quedando la misma en su ámbito de disposición (por ejemplo, en un dispositivo de hardware personal donde se haya almacenado dicho contenido), y tenga así la posibilidad de acceder ulteriormente y de manera indefinida a dichos contenidos

que ya están en su ámbito patrimonial. En tales casos, aclara el citado considerando, la conformidad debe estar referida exclusivamente al momento del suministro, y solo la deficiencia que se aprecie en ese momento (y no en alguno de los demás accesos ulteriores dentro del dominio del consumidor) será la reprochable al empresario, estableciéndose más adelante, como veremos, un período de garantía de dos años para poder ejercitar tal reproche.

Esta cuestión se aborda también por el considerando 51 DCSD, que introduce una precisión interesante en los supuestos de contratos de suministro extendidos en el tiempo, para el caso de que se produzcan interrupciones en el mismo, señalando que cuando las mismas sean "notables o recurrentes", deberán tratarse como un caso de falta de conformidad. Deberá lógicamente en tales supuestos discernirse si la causa de dichas interrupciones se encuentra en el empresario obligado a mantener el suministro, y no en deficiencias de los dispositivos o redes utilizados por el consumidor para acceder o utilizar los contenidos objeto del mismo. Reseñar finalmente la mención específica a las actualizaciones relativa a la seguridad, que como en el apartado 1 b) del mismo artículo, vuelven a señalar la importancia atribuida por el legislador UE a dicha cuestión en el entorno digital, si bien debe tenerse claro que no entra dentro de los objetivos de la DCSD el refuerzo general de la ciberseguridad o de la seguridad del Internet de las cosas (Staudenmayer. 2020:155).

Es interesante detenerse en esta distinción en cuanto a las modalidades temporales que pueden presentar, a los efectos de la DCSD, los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Apunta con acierto Zoll (2020:207) que este supuesto de los suministros extendidos en el tiempo es, hoy día, el de la gran mayoría de suministros de contenidos digitales, así como, por definición, el de todos los contratos de suministro de servicios digitales. Resulta por ello paradójico que la DCSD no contenga una distinción más clara entre ambos supuestos contractuales, más allá de las explicaciones facilitadas en el considerando 57, cuya descripción dicho autor considera inexacta y falta de claridad.

En realidad, lo que determina la distinción entre ambas modalidades es que el contenido o servicio digital vaya a estar accesible o disponible para el consumidor

durante un periodo de tiempo (definido o indefinido en su duración por el contrato), o únicamente en un momento temporal definido. En todo caso, en un entorno cada vez más complejo e interconectado, los actos únicos de suministro han de considerarse la excepción, y el suministro continuo la regla general en esta tipología de contratos, pero distinguiendo, al hablar de contratos de larga duración, el sentido técnico de dicha expresión del sentido jurídico, y admitiendo en la interpretación de la DCSD que un contrato de suministro de larga duración puede considerarse, a los efectos del régimen de responsabilidad y medidas correctoras, un contrato con un acto único de suministro. (Zoll. 2020:208).

En el mismo sentido se ha criticado la falta de fundamento del distinto tratamiento que se da en la DCSD a los vicios ocultos que se manifiestan tardíamente dependiendo de si el contrato prevé un único acto de suministro o un suministro continuo, sin que exista para esta diferencia de trato justificación objetiva suficientes, proponiéndose *de lege ferenda*, como alternativa más coherente, el que la DCSD hubiese exigido que el defecto se manifestase en un plazo de dos años (o de una duración superior), si el contrato estipulase el suministro del contenido o servicio digital por más de dos años. (Gsell, Araldi. 2020:487)

Volviendo al contendido del apartado 2) del artículo 8 DCSD, el mismo debe estudiarse conjuntamente con el 6) del mismo artículo, que recoge una previsión fundamental en el cambiante mundo digital, donde las actualizaciones y aparición de nuevas versiones de un contenido o servicio son absolutamente cotidianas. Así, este apartado 6 del artículo 8 DSCD, obliga al empresario a suministrar los contenidos "de conformidad con la versión más reciente" disponible en el momento de la celebración del contrato (que será normalmente el momento en que deba verificarse el suministro pactado), salvo que se haya acordado expresamente otra cosa.

Parece claro, a los efectos de este apartado segundo, que la instalación de las actualizaciones comunicadas o suministradas por el empresario a fin de mantener la conformidad del contenido o servicio digital adquirido debe ser factible, y en la mayoría de los casos no presentará mayores dificultades cuando el contenido o servicio pueda conectarse a Internet, bien directamente o a través de una interfaz,

instalándose la de forma automática y sin mayor intervención del consumidor; cuestión distinta es la de si el empresario se encuentra de alguna manera sujeto, al menos de manera directa, a desarrollar las actualizaciones, o estas pueden ser desarrolladas por una tercera parte; la cuestión no expresamente prevista en la DCSD, pero no parece que exista obstáculo a tal posibilidad, considerando que la obligación que se impone a dicho empresario es exclusivamente la de "comunicar y suministrar" las mismas al consumidor. Quedará a la libre configuración del legislador nacional la opción que se elija para regular la relación con el tercero en estos casos, y si se atribuye al consumidor acción directa contra él o no, aunque no parece que deba ser lo normal en tanto quien mantiene la relación jurídica con él es exclusivamente el empresario (Staudenmayer. 2020:155).

Otra cuestión que no se regula expresamente es la forma o el canal a través del que se facilitará la información sobre la disponibilidad de las actualizaciones, cuestión que deberá determinarse por el empresario si no existe previsión al respecto en el contrato, y en la que no parece tampoco existir obstáculo para que la misma se verifique a través de un tercero.

Una cuestión final que parece conveniente apuntar es la del verdadero objeto de las actualizaciones, cuando las mismas no obedezcan, o no tengan por objeto exclusivo, el mantenimiento de la funcionalidad y pleno uso de los contenidos o servicios suministrados, sino por ejemplo un cambio en las condiciones legales del empresario respecto de sus clientes. Este supuesto no tendría cabida en este artículo 8 DCSD, apartado 2, ya que plantearía mayormente a una modificación contractual y la exigencia, en su caso, de confirmar el consentimiento de las partes. El problema puede residir en aquellos casos en que una actualización de condiciones conlleve una afección a la usabilidad de los contenidos suministrados, supuesto en que puede incurrirse en un supuesto de no conformidad.

El apartado 3 del artículo 8 DCSD constituye la contrapartida al apartado anterior. Ya hemos hecho referencia anteriormente al este apartado, que establece la exclusión de la responsabilidad del empresario en caso de que el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas por el empresario, siempre que concurran dos condiciones cumulativas: que el empresario hubiese

informado a aquel de la disponibilidad de la actualización y las consecuencias de no instalarla y, segundo, que la circunstancia de que este no lo haya hecho (o lo haya hecho incorrectamente) no pueda achacarse a deficiencias en las instrucciones facilitadas por el empresario.

Parece claro que irá en interés del empresario, cuando comunique (a través de la vía elegida, que bien puede ser la de un tercero) la existencia de las actualizaciones conforme al apartado 2), el trasladar también las posibles consecuencias de su no instalación, a fin de beneficiarse de esta exclusión de responsabilidad. El considerando 47 DCSD añade que la obligación de información del empresario al consumidor debe incluir también la precisión de que dicha falta de instalación de las actualizaciones modificará la responsabilidad del empresario por no conformidad.

Es significativo también, en relación con esta cuestión, que la DCSD no haya reproducido una mención similar a la contenida en el artículo 103 de la propuesta de Reglamento de CESL, según la cual no podría apreciarse falta de conformidad de los contenidos digitales con el contrato (y por tanto, falta de conformidad subjetiva), por el hecho de que, después de celebrado el contrato, el empresario desarrolle versiones más actualizadas de los contenidos digitales.

Staudenmayer (2020:161) reseña que este apartado no establece con detalle qué información debe suministrarse, quedando abierta la cuestión de si la obligación se extiende a todos los detalles técnicos de la actualización, que deberían proporcionarse de un modo que resulte comprensible al "consumidor medio" (nos remitimos aquí a lo dicho anteriormente al tratar el aparatado 2 de este mismo artículo), que permita a este adoptar una decisión razonada sobre si aplica o no la actualización, puesto que en otro caso este supuesto aboca a que la información que proporcione el empresario se considere, únicamente, como una mera advertencia de que la falta de instalación de la actualización determinará la pérdida por el consumidor de su derecho a ser resarcido en caso de no conformidad. Igualmente, se plantea si puede considerarse válido el que tal información se facilite de una manera sumaria en el momento de concluir el contrato, opción que no parece admisible desde una interpretación finalista de la norma. Es por tanto previsible,

concluye dicho autor, que en el futuro los contenidos y servicios digitales, y los bienes que sirvan de soporte a los mismos se diseñen de modo que la información relativa a las necesarias actualizaciones se reciba directamente en el producto.

Habremos de referirnos finalmente al apartado 5 de este articulo 8 DCSD, puesto que anteriormente hemos abordado el sexto y último. Contiene el mismo una previsión de inaplicación de las causas de no conformidad recogidas en los dos primeros apartados del artículo, que devendrá efectiva cuando el consumidor hubiera sido informado específicamente de que alguna característica concreta del contenido contratado no correspondía con los objetivos de conformidad de dichos apartados, y éste hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia.

Se señala (Staudenmayer. 2020:162) cómo en este punto la DCSD se separa de la previsión contenida en el artículo 35, apartado 3, de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercancías, y del artículo 2, apartado 3 de la Directiva 1999/43/CE[21], que establecían esta exclusión de responsabilidad en caso de conocimiento incluso presunto del consumidor, se opta por el enfoque de la propuesta de Reglamento CESL, optándose por exigir conocimiento y aceptación expresa.

Se apunta también a que una de las razones por la que el legislador se vio impelido a incluir esta previsión se encuentra en el deseo de permitir el suministro de contenido digital sometido a restricciones de Propiedad intelectual, permitiendo al empresario transmitir posibles restricciones derivadas del copyright. Así se confirma también por el considerando 53 DCSD, que contempla el supuesto de que las restricciones o limitaciones impuestas al consumidor se puedan derivar del acuerdo de licencia del usuario final en cuya virtud se suministren al consumidor los contenidos o servicios digitales, prohibiendo a este, por ejemplo, el uso de

[21] Artículo 2. 3. "Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor".

determinadas características relativas a la funcionalidad de los contenidos suministrados.

Matrov (2022:323), en un completo estudio sobre este apartado 5, señalan que del texto del mismo puede extraerse que su aplicación se condiciona a seis condiciones (que consideran presentan en general un contenido bastante pobre que exige, para su correcta interpretación, considerarlos conjuntamente con otros preceptos de la DCSD). Estas seis condiciones, que deberán ser estrictamente exigidas y restrictivamente interpretadas, constituyen el fundamento de la aplicación de esta desviación de los requisitos de conformidad objetiva son: que su aplicación se restrinja a las causas objetivas de no conformidad, que el consumidor haya sido específicamente informado de la desviación, que esta información se haya facilitado con anterioridad a la conclusión del contrato, que se haya especificado descriptivamente en qué consiste la desviación, que el consumidor la haya aceptado expresamente, y que dicha aceptación se realice de forma separada .

En primer lugar, hay que entender que esta exención se aplica únicamente a los motivos de conformidad objetivos del artículo 8, que es en el que se inserta, y no alcanza a los de carácter subjetivo del artículo 7, que en todo caso deberán estar específicamente previstos en los términos del contrato, no requiriendo así una previsión legal específica. Ello no impediría por completo, entiende Matrov (2022:326), que pudiese aplicarse también este artículo, con fundamento en el principio de buena fe contractual, eximiendo de responsabilidad al empresario en aquellos casos en que el consumidor era conocedor de la falta de conformidad con el contrato en el momento de su conclusión.

En todo caso, la efectividad de este apartado está condicionada, como hemos indicado a una información positiva, previa, específica, en un lenguaje claro y comprensible, y que se refiera concretamente a una característica o cualidad determinada del contenido o servicio digital (así se confirma también en el considerando 53 DCSD). El empresario que quiera apartarse de las condiciones de conformidad objetivas establecidas en la DCSD deberá facilitar al consumidor una información concreta, fácil de entender, precisa y separada de otro tipo de información del contrato, de aquello en que el contenido o servicio a suministrar se

aparta de las condiciones de conformidad del artículo 8 DCSD, apartado b) (Matrov, *et alii.* 2022:334)

Se ha señalado que esta redacción ("informado de manera específica") no excluiría necesariamente la posibilidad de que el acceso a tal información requiriese una acción por parte del consumidor, por ejemplo, activando un hipervínculo o medio similar, al modo de los ya mencionados acuerdos denominados *clickwrap* (Staudenmayer. 2020:164; opinión compartida por Matrov *et alii*. 2022:337).

Consideramos sin embargo cuestionable esta interpretación, ya que en tales casos es difícilmente sostenible que el consumidor ha recibido de una forma efectiva la información; la redacción examinada parece señalar más a una acción positiva del empresario, configurándose más como una carga del mismo el facilitarla de manera expresa directa, e incluso a que conserve la prueba de ello, a fin de que ulteriormente pueda invocar y beneficiarse de la exención de responsabilidad que nos ocupa. Por otro lado, y sobre el cuándo ha de proporcionarse la información, el precepto es muy claro al señalar que debe ser al momento de la celebración del contrato; es por tanto cuestionable que sea válida una mención incluida en la información precontractual facilitada o a que haya tenido acceso el consumidor. Debe entenderse que la información no puede limitarse a señalar la existencia de una variación, sino que debe explicitar en qué consiste la misma[22].

Por parte del consumidor, ya hemos visto, se exige no solamente el conocimiento, sino la aceptación explícita, con lo que la DCSD establece un nivel de exigencia mayor que el que recogía la propuesta de Reglamento CESL en su artículo 104[23]. Se ha de tratar, lógicamente, de un consentimiento informado, expreso y manifestado de forma separada, como confirma también el considerando 49 DCSD. Esta separación se refiere, según el mismo considerando, respecto de otros acuerdos

[22] Requisito que Staudenmayer (2020:168) considera exigible a la luz de la sentencia TJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrich*, C-92/11, EU:C:2013:180, apdo. 50, si bien este se refiere a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en el caso de un contrato de suministro de gas a un consumidor, donde se establece que la exención de responsabilidad no puede invocarse por una mera referencia a una disposición normativa.

[23] Artículo 104 Reglamento CESL: "En un contrato entre comerciantes, el vendedor no estará sujeto a responsabilidad alguna por falta de conformidad de los bienes si, en el momento de la celebración del contrato, el comprador conocía o podía esperarse que conociera la falta de conformidad".

o declaraciones, pero en cuanto a su forma, puede manifestarse mediante la marcación de una casilla, o la activación de un *banner* o dispositivo similar.

Matrov *et alii* (2022:334) apuntan a la falta de indicación alguna en este apartado a la forma en que debe manifestarse la aceptación del consumidor a la desviación de la que se le informa, pero que, en todo caso y más allá de los ejemplos recogidos en el considerando 49, parece claro que la misma debe efectuarse de manera separada respecto de cualesquiera otros términos del contrato, pero entiende que ello no implica que deba contenerse necesariamente en un documento diferente. Sí entiende necesario que haya una manifestación de aceptación individual y separada por cada una de las desviaciones de conformidad que el consumidor acepte. En ningún caso será suficiente, a estos efectos, una aceptación genérica de los términos y condiciones del contrato.

B) Integración incorrecta de los contenidos y servicios digitales

La integración es un aspecto fundamental, que condiciona la funcionalidad de los contenidos o servicios digitales a su correcta conexión con los dispositivos de hardware o software del consumidor, para poder disfrutar adecuadamente de los mismos (Sánchez Lería. 2021:58).

El artículo 9 DCSD atiende a la falta de conformidad que se produzca por una incorrecta integración de los contenidos o servicios digitales en el "entorno digital" del consumidor. Para determinar exactamente el alcance de este supuesto, debe estarse a la definición de "entorno digital" contenida en el artículo 2, número 9, DCSD: "el aparato (*hardware*) o programas (*software*) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos".

Siendo más conocidos los dos primeros términos, el de "conexión a la red" comprende todos los dispositivos que deben conectar el dispositivo final del consumidor con Internet. Aunque en la mayor parte de los casos dichos dispositivos quedaran comprendidos en la definición de *hardware* y *software*, debe tenerse en

cuenta que los problemas de integración en relación con este elemento pueden también deberse a una completa falta de operatividad de la conexión a Internet del consumidor, debida a circunstancias que no necesariamente se encuentren en su esfera física de influencia, por ejemplo cuando sean en particular achacables a proveedor de Internet del consumidor (Rosenkranz. 2020:173).

Este ejemplo que propone Rosenkranz es indicativo de que las dificultades técnicas que en muchas ocasiones se van a presentar para poder determinar o atribuir la causa real de la falta de integración (y, en definitiva, de funcionalidad) de los contenidos y servicios digitales objeto de estos contratos, determinación que en la práctica totalidad de los casos excederá de la capacidad técnica de apreciación del consumidor, y requerirán acudir a técnicos especialistas que puedan establecerla con un mínimo de fundamento técnico. Ello sin duda hace, en esta como en otras ocasiones, que la aparente claridad de los medios de protección del consumidor ofrecidos en el marco de estos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales se complique enormemente cuando deban llevarse a la práctica, y el motivo o causa de la no conformidad -incluida una deficiente integración-, no resulte *prima facie* con suficiente claridad para el nivel de conocimientos digitales del consumidor medio.

También ha de tenerse en cuenta al considerar los supuestos de no conformidad del artículo 9 DCSD, su relación con el artículo 12, apartado 4, DCSD, que excluye la responsabilidad del empresario cuando se demuestre que el "entorno digital" del consumidor no era compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales, y esta circunstancia le hubiese sido debidamente puesta en conocimiento por el empresario, de forma clara y comprensible. antes de la celebración del contrato.

Ha de partirse pues, para contemplar la aplicación del artículo 9, de una compatibilidad inicial del sistema empleado por el consumidor con los contenidos o servicios que pretende adquirir, cuestión que normalmente debe resultar con claridad de la descripción de las características técnicas del producto ofertado. Cosa distinta sea el grado de claridad con la que la dicha compatibilidad esté indicada, en relación con el conocimiento técnico de un consumidor medio.

En antecedente de este artículo 9 DCSD puede encontrarse en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 1999/44/CE[24], que recogió la conocida como la "cláusula IKEA" (Rösler. 2012:193), en referencia a la conocida empresa sueca que comercializa muebles, cuya principal característica es que el montaje de los mismos corresponde ordinariamente al vendedor, de acuerdo con las instrucciones facilitadas por el vendedor. Con esta mención se hace referencia, explica Gómez Pomar (2024:445) a una falta de conformidad que se produce cuando la instalación o integración de los contenidos y servicios suministrados las hubiese realizado el consumidor u otra persona por su cuenta o encargado, alcanzando un resultado inadecuado a causa de las deficientes instrucciones de instalación proporcionadas por el empresario.

Siguiendo lo apuntado en su día por Castillo Barea (2009:1375) sobre este supuesto de falta de conformidad -en relación con la Directiva 1999/44/CE-, el mismo vendría a diferenciarse de los supuestos de no conformidad establecidos en el artículo 2 de dicha Directiva 1999/44/CE (que tienen su correspondencia en los artículos 7 y 8 DCSD). Se justifica su regulación en un precepto distinto en que, en este supuesto, el contenido o servicio digital se ha suministrado y en principio es conforme a lo establecido en el contrato, si bien la disconformidad se hace patente en el momento posterior de su instalación. Ello resalta la importancia de la asistencia que presta posteriormente el empresario, bien directamente, o de forma indirecta a través de las instrucciones del producto (Izquierdo Grau. 2024:124).

Dos condiciones distintas y alternativas (el empleo de la conjunción "o" al final del primer supuesto lo deja claro), son las que pueden determinar este otro supuesto de no conformidad diferente de los ya examinados, cuya concurrencia habrá de considerarse en el momento temporal en que ese proceso de integración de los contenidos o servicios digitales haya concluido.

[24] Directiva 1999/44/CE, artículo 2, apartado 5: "La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación".

Para una correcta comprensión de este artículo 9, debe tenerse en cuenta la obligación que el artículo 12 DCSD, en su apartado 5, impone al consumidor de colaborar con el empresario (dentro de lo razonablemente posible y empleado los medios técnicos disponibles y menos intrusivos para aquel), a fin de determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales se encuentra en el "entorno digital" del consumidor.

Este artículo 9 DCSD es objeto del considerando 52 DCSD, que no aporta grandes precisiones, salvo en lo relativo al segundo de los supuestos contemplados: cuando la integración se haya verificado por el consumidor, y el motivo de su deficiencia se encuentre en deficiencias en las instrucciones facilitadas para ello por el empresario. Para este caso, el considerando aclara que la deficiencia puede consistir en que las instrucciones fuesen incompletas o presenten una claridad insuficiente.

Este caso de no conformidad, imputable al empresario, opera tanto en los supuestos en que el suministro acordado se extienda a lo largo del tiempo –donde el problema de integración puede surgir en un momento posterior al del inicio del suministro-, como en los casos en que tiene lugar en un único acto (o varios actos concretos separados); asimismo, será exigible no solo respecto de los contenidos inicialmente suministrados, sino también en relación con las actualizaciones posteriores que provea el empresario. Sería también aplicable este artículo cuando, tras una primera integración exitosa, el problema surgiese en caso de que el consumidor migrara de "entorno digital", y ello exigiese una segunda o ulteriores integraciones que fuesen incorrectas, todo ello en opinión de Rosenkranz (2020:172, 174).

La interpretación propuesta en este último supuesto, que el citado este autor propone a partir de la "redacción abierta" del artículo 9 DCSD, no la podemos compartir. Entendemos que la obligación del empresario de asegurar la correcta integración se debe entender referida al "entorno digital" de que dispone el consumido en el momento de la celebración del contrato, y que puede ser conocido en caso necesario por dicho empresario a fin de, en su caso, adoptar las medidas necesarias para asegurar la integración. Una ulterior modificación del "entorno

digital" del consumidor, tras un correcto suministro inicial de los contenidos, cuyas características eran imposibles de conocer por el empresario al perfeccionar el contrato, y cuyas características pueden determinar una incompatibilidad técnica que impida absolutamente la integración, nos resulta dudoso que pueda determinar un supuesto de no conformidad de este artículo 9 DCSD.

El primero de los casos previstos en el artículo 9 DCSD es el de que los contenido o servicios fueran integrados por el empresario o bajo su responsabilidad. Examinando la norma espejo de este artículo en la DCL, en su artículo 8, apartado 2, presenta una redacción diferente, pues incluye también el elemento de que la instalación formaba parte del contrato de compraventa. Esta diferencia de redacción puede atribuirse a un error de redacción -posibilidad apuntada por Ronsenkranz (2020:177)-, o entenderla como querida por el legislador, opción que el mismo autor considera más plausible, y que obedecería al diferente ámbito de aplicación de la DCSD respecto de la DCL, a la luz de la redacción del artículo 8 y del considerando 17 de esta última Directiva: para la DCS es fundamental la diferenciación del contrato de compraventa, que constituye su ámbito estricto de aplicación, respecto de otro tipo de contratos como el de servicios o el de obra- En el caso de la DCSD no existiría esa preocupación, ya que su regulación de aplica a todo tipo de contratos que reúnan los requisitos que delimita su ámbito de aplicación.

Para este segundo supuesto, que es el que debe asumirse ante el hecho consumado de la redacción final que recoge el artículo 9 DCSD, letra a), Goicovici (2020:85) considera que la integración del contenido digital constituye otro servicio independiente, prestado por el empresario o por un tercero en su nombre. Para Ronsenkranz (2020:177), y considerando el que los contenidos digitales pueden requerir ser integrados periódicamente, la integración por el empresario podría considerarse también un servicio auxiliar vinculado al suministro contratado. En todo caso, señala este autor que en el caso de que se considere un servicio independiente y distinto del suministro que es objeto del contrato principal, cabrían a su vez dos posibilidades: o considerarlo un nuevo contrato de suministro sometido a la DCSD por entrar en el ámbito de aplicación de su artículo 3, apartado 1, (en cuyo caso cualquier defecto en la integración constituiría *per se* un defecto de conformidad conforme a los artículo 7 u 8 DCSD), o entender que se trata de un

servicio distinto a los servicios digitales, que quedaría excluida de la aplicación de la DCSD por lo dispuesto en su artículo 3, apartado 5, letra a), en cuyo caso no se aplicaría la Directiva y los EEMM tendrían libertar para configurarla.

En todo caso, en este supuesto solo cabe imputar responsabilidad al empresario por circunstancias que el mismo pueda controlar, esto es en principio, la rutina de instalación que hay programado (o se haya programado bajo su responsabilidad por un tercero), pero no por errores que sean exclusivamente imputables al consumidor o a un tercero (Rosenkranz. 2020:177). No estamos por tanto ante un supuesto de responsabilidad objetiva del empresario.

El segundo supuesto contemplado en este artículo 9 DCSD -su apartado b)- se refiere al caso en que estuviese inicialmente previsto que la integración la realizase el consumidor, pero el incorrecto resultado al que el mismo llegue al realizarla sea imputable a deficiencias en las instrucciones de integración facilitadas por el empresario. Como la redacción del apartado indica claramente, este supuesto requiere que exista una previsión expresa de los contratantes, en el texto del contrato, sobre la integración de los contenidos o servicios suministrados, atribuyendo la misma al consumidor. Ello no excluye (ni altera el efecto de no conformidad previsto) que en la realización de la integración pueda intervenir un tercero (profesional o no), al que recurra el consumidor para realizarla.

Rosenkranz (2020:179) entiende que las instrucciones mencionadas en este apartado deben ser las específicamente relativas a la integración de los contenidos o servicios, lo que excluiría otro tipo de instrucciones, como los manuales operativos o alguna parte de los mismos (que determinarían, en caso de incorrección o deficiencias, otro tipo de falta de conformidad que hay que remitir a los artículos 7 u 8 DCSD). Gómez Pomar (2024:449) considera relevante la cuestión del origen de las instrucciones de integración deficientes, en cuanto a que el empresario debe responder en estos supuestos de no conformidad no solo cuando dichas instrucciones hayan sido elaboradas por él o por otro por su encargo, sino también en los casos en que, no siendo materialmente el autor ni quien las haya ordenado promovido, se ha limitado a reproducir las instrucciones del productor de los

productos digitales, o "unas que ha encontrado en Internet, con o sin modificaciones de su propia cosecha".

Estando de acuerdo con esta última consideración, puede añadiré que en los casos en que el empresario se haya limitado a acompañar el contenido o servicio digital con unas instrucciones deficientes elaboradas por el productor, puede surgir el derecho de repetición que contempla el artículo 20 de la DCSD al que se hará referencia más adelante.

Por último, y en cuanto a sus consecuencias, la deficiente integración de los contenidos o servicios digitales se configura como falta de conformidad, y deberá llevar aparejadas las consecuencias inherentes a esta, que al igual que para los artículos 7 y 8 DCSD, se regula en los artículos 11 a 14 de la misma DCSD, como confirma su artículo 11 al declarar la responsabilidad del empresario por falta de conformidad. Igualmente, y como veremos también más adelante, el artículo 12 hace recaer la carga de la prueba de la conformidad sobre el empresario, debiendo entenderse que ello también afecta al artículo 9.

B) Falta de conformidad por vulneración del derecho de terceros

El artículo 10 DCSD establece el derecho del consumidor a exigir medidas correctoras en caso de que, a causa de restricciones derivadas de los derechos de terceros, muy en particular los derechos de propiedad intelectual, se le impida el pleno disfrute de los contenidos o servicios digitales contratados.

Este artículo aborda una realidad cotidiana a que ya hemos aludido, cual es la distribución por intermediarios de contenidos o servicios digitales que incluyen o reproducen obras o creaciones sometidas a copyright. Esto se permite mediante acuerdos de licencia para usuarios finales (conocidos como EULA[25] en el mundo

[25] EULA: *End User License Agreement.* Sobre su alcance, vid. Servicenow: "cuando un cliente o una empresa adquiere un software, no obtiene su propiedad, sino que paga por el derecho de uso de dicho software. La propiedad de estas aplicaciones de software sigue correspondiendo al proveedor del software. Mediante la especificación clara de términos, condiciones, responsabilidades, limitaciones,

anglosajón), que definen los términos de uso que se permiten a los usuarios finales (Oprysk. 2021:943).

Existen en este tipo de situaciones varias relaciones jurídicas distintas, reguladas por normas diferentes del acervo de la UE. Por un lado, la relación bilateral entre empresario y consumidor para el suministro del contenido o servicio digital, y por otra, la relación compleja y multilateral establecida por el titular del copyright, que concede el derecho de uso de su obra, articulada a través de la EULA, que por vía del intermediario (el empresario), acaba también vinculando al consumidor.

El artículo 10 DCSD trata las consecuencias que esta segunda relación en la primera que constituye su objeto propio, y atiende fundamentalmente a los problemas que surgen cuando el empresario no dispone de los derechos necesarios para suministrar legalmente al consumidor una obra protegida por copyright (Gligha. 2023:26).

Sánchez Aristi (2024:477-478) considera que la mayoría de contratos de suministro de contenidos y servicios digitales afectarán a bienes inmateriales sobre los que podrían recaer derechos de propiedad intelectual, que podrían limitar impedir el uso de tales contenidos o servicios digitales[26]. Y ello es en buena medida consecuencia del cambio de paradigma en el entorno digital, donde algunos de los actos que normalmente realiza el usuario final del contenido o servicio digital pueden afectar a los derechos de propiedad intelectual, lo que condice a dotar a ese usuario final de la condición de licenciatario para que pueda realizar dichos actos con pleno amparo legal.

obligaciones y más, los proveedores pueden blindar su software con un EULA. El usuario final debe, pues, aceptar las estipulaciones contempladas en este documento antes de poder acceder a la aplicación". https://www.servicenow.com/es/products/it-asset-management/what-is-eula.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[26] "Con el advenimiento del *software* –y luego de las bases de datos electrónicas- y su comercialización en masa, se implantó un modelo de negocio completamente distinto, construido sobre la premisa de que los adquirentes del programa de ordenador –o de la base de datos electrónica- realizan una explotación cuando meramente lo hacen funcionar en sus ordenadores, en tanto el uso o ejecución del programa comporta una reproducción de este, aunque sea técnica y efímera. Debido a ello, necesitan proveerse de una licencia de uso de manos del titular de los derechos" (Sánchez Aristi. 2024:487).

La aplicación de los derechos de propiedad intelectual se complica por cuanto los mismos, normalmente, están sometidos al principio de territorialidad, que determina que el alcance del derecho del creador o productor de una obra sea distinto en cada país (Rosenkranz. 2020:194). Debe también tenerse en cuenta que las limitaciones a la funcionalidad de lo suministrado no se restringen, conforme a esta disposición de la DCSD, a las derivadas de los derechos de propiedad intelectual, sino a cualquier vulneración de los derechos de terceros, por lo que resulta esencial la determinación contractual del lugar de uso de los contenidos o servicios contratados; en su defecto, habrá que estar al lugar de residencia del consumidor. Debe tenerse en cuenta, por tanto, que las limitaciones que aborda este artículo 10 DCSD pueden provenir de otras regulaciones jurídicas, como las reglamentaciones administrativas.

La DCSD se limita a regular los aspectos y consecuencias en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, asumiendo la aplicación de la regulación especial existente sobre derechos de terceros, en particular los de propiedad intelectual (así lo confirma el artículo 3 DCSD, número 9[27]). No contiene en consecuencia la DCSD ninguna previsión sobre el alcance del derecho de uso del consumidor frente al titular del copyright.

Conviene traer aquí a colación las críticas que se han dirigido al legislador de la UE en relación con esta materia, considerando que no se ha realizado un análisis consistente y completo de todas las implicaciones que la regulación del suministro de contenidos digitales puede tener en el ámbito de la Propiedad intelectual, advirtiéndose al respecto que la mayor parte del contenido digital está protegido por derechos de copyright (Gliha. 2023:23-26)[28]. En el mismo sentido, Oprysk

[27] "La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión y nacional en materia de derechos de autor y derechos afines, incluida la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo". Este artículo 3 DCSD, nº. 9, contiene una remisión expresa, en forma de nota al pie, a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOUE L 167, 22.6.2001).

[28] "However, besides the bold statement concerning copyright law, it seems that the legislator has not holistically assessed all of the concerned relationships that are in some way affected by the new set of regulations, nor is there much literature discussing the possible effects of the Digital Content Directive on the exercise of copyright and market competition[…] Much of the digital content is, in essence, copyright-protected works […], while digital services inevitably include computer programs that are their integral

(2021:943) señala que este artículo 10 de la DCSD podría haber sido una buena ocasión para que el legislador abordase de manera coherente y completa este problema, si bien finalmente se han dejado sin tratar cuestiones importantes.

Se ha puesto de relieve la gran variedad de supuestos que pueden estar detrás de este artículo. Oprysk (2021:953) señala que, en ocasiones, el empresario que proporciona el contenido o servicio digital será el titular del copyright (por ejemplo, *software*), pero ello no será tan común en relación con cierto tipo de contenidos digitales como música, películas o libros digitales, que en su mayoría se distribuyen a través de grandes plataformas digitales, que pueden tener muy distinta capacidad de negociación con el titular del copyright dependiendo del mercado y de las alternativas disponibles. La obligación impuesta en este artículo al empresario de suministrar los contenidos o servicios en condiciones que no interfieran con las legítimas expectativas del consumidor en principio debería colocar a dichos empresarios (en su diversa tipología), en una situación similar, lo que teóricamente favorecería la competencia entre ellos.

Sin embargo, la falta de concreción del alcance que debe atribuirse a dichas "expectativas legítimas" de los consumidores crea una amplia zona gris, que beneficia fundamentalmente a las plataformas ya existentes, que cuentan con un gran número de usuarios lo que les atribuye gran fuerza de negociación frente a los titulares del copyright. La concreción que haya de darse a esa expresión vendrá en buena medida determinada por el ámbito de protección que concede al consumidor la DCSD, y por el poder de negociación que tenga el empresario/plataforma en el mercado (Oprysk. 2021:953). Ello vuelve a poner de manifiesto las implicaciones de las cuestiones suscitadas por este artículo 10 DCSD en relación con el Derecho de la competencia ante mencionadas[29].

part. Some categories of copyright-protected work the Digital Content Directive explicitly acknowledges within its recitals – computer programs, tailor-made software, applications, video files, audio files, music files, digital games, e-books, software-as-a-service, word processing, and games offered in the cloud computing environment, social media". (Gliha. 2023:23-26)

[29] "Whereas the DCD rightly recognises the trader's role in distributing digital content protected by copyright, the understanding of their position appears to be rather narrow. Article 10 presupposes that it is a task for a trader to obtain a licence honouring reasonable consumer expectations from the right holder, potentially granting broader user freedoms than those guaranteed under copyright. What ought to be kept in mind, though, is that it is not necessarily the case that the copyright holder is unwilling to license the content on particular terms – a platform acting as a trader may very well exercise considerable

Sánchez Aristi (2024:504) aclara que la situación a que atiende este artículo 10 DCSD no atiende a las posibles restricciones de uso impuestas por el titular del derecho de propiedad intelectual en el propio acuerdo de licencia de usuario (que puede vincular contractualmente al consumidor, y puede venir asegurado por medidas tecnológicas de protección o restricción del contenido o servicios digital), sino que propiamente, atiende el supuesto de restricciones manifestadas con posterioridad, como consecuencia de la reacción del titular del derecho de propiedad intelectual frente a un acto que vulnera su derecho, debido a que el suministrador ha facilitado un contenido o servicios digital que no respeta los derechos de propiedad intelectual ajenos a él. Ello puede deberse, según el mismo autor, a que el empresario o u otro interviniente anterior en la cadena de suministro, haya quebrantado las condiciones establecidas en el contrato celebrado con el titular de los derechos de propiedad intelectual vulnerados, o que ni siquiera ha llegado a celebrar dicho contrato.

El antecedente de este artículo hay que buscarlo, de manera mediata, en el artículo 102 de la propuesta de Reglamento CESL, que bajo la rúbrica "Derechos o pretensiones de terceros", venía a exigir, en los contratos regulados por el régimen optativo que se proponía en dicha iniciativa, que "los bienes y los contenidos digitales deberán estar libres de cualquier derecho o pretensión no manifiestamente infundada de terceros", que tuviese su origen en derechos o pretensiones fundadas en la Propiedad Intelectual. El precedente mediato (que también lo es, y más directo en cuanto a la redacción asumida, de la propuesta de Reglamento CESL) se encuentra en el artículo 42 de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercancías; esta norma de NN.UU. contiene una regulación incluso más completa, por cuanto presenta una disposición general sobre derechos y pretensiones de terceros (el artículo 41), y una específica para Propiedad intelectual en el precitado artículo 42.

control over the exact terms of use. On the one hand, the right holders in the majority of cases are dependent on intermediaries such as online platforms to distribute their works. On the other hand, the content distributors such as digital platforms are in competition with each other, be it for the availability of different content or the conditions of its supply. Strong network effects in digital markets result in first-mover advantage and ample possibilities of consumer lock-in, be it on a legal, organisational or technological basis. Hence, the consumer's exit option, i.e. switching to another provider, should be not taken as given." Oprysk (2021:956).

Rosenkranz (2020:187) describe los cambios que ha tenido este artículo desde la propuesta original presentada por la Comisión (que la insertaba en su artículo 8), que estaba mucho más próxima a la redacción del artículo 102 de la propuesta de Reglamento CESL. Dicha redacción establecía la obligación general suministrar los contenidos digitales (única categoría que contemplaba la propuesta original, ya que los servicios digitales figuraban como una subcategoría), libres de derechos de terceros "incluidos los basados en propiedad intelectual", redacción que dicho autor considera confusa, pues parecía establecer una prohibición de cualquier limitación a la funcionalidad, lo cual no es realista ni posible en el marco actual regulatorio del copyright.

Finalmente, el Consejo impuso la redacción actual del artículo 10, de ámbito más amplio y realista con la posibilidad de que el consumidor pueda sufrir este tipo de restricciones, y más enfocada a las medidas compensatorias que en tales supuestos deben aplicarse. El mismo autor considera que esta redacción final es aún más confusa que la inicialmente propuesta por la Comisión, en tanto que podría interpretarse en el sentido de que las limitaciones a la funcionalidad de los contenidos o servicios digitales no están prohibidas por la DCSD, pero que al tiempo se protegen los derechos de terceros. Esto es, que pese a que se constate una vulneración de un derecho de tercero, por ejemplo de copyright, la DCSD parece imponer la obligación de mantener la funcionalidad del suministro[30].

No nos parece tan confusa esta redacción final, ni que deba forzosamente entenderse que sea esto último lo pretendido por la DCSD. La interpretación que nos parece más clara es la que apunta a que lo que se abordan son las restricciones en la funcionalidad de los contenidos o servicios suministrados que no había sido advertidas de forma clara y suficiente antes de la celebración del contrato, y en consecuencia no han sido conocidas y aceptadas por el consumidor, supuesto que

[30] "Such a solution did not seem appropriate and was rightly criticized by the expert audience. It implied that even in the case of a breach of copyright, a consumer could continue to use copyright-protected work for which the appropriate rights were not acquired. Regardless of the consumer's expectations, consumer protection rights should not boldly overcome the rights of authors and other legitimate rightsholders. If the solution ended in the application, it would likely cause confusion and possibly interfere with copyright law. Hence, in the adopted final text of the DCD, the general idea remained that the Directive should be without prejudice to copyright and related rights, including the portability of online content service". (Gliha. 2023:28)

viene a asimilarse a los demás supuestos de falta de conformidad recogidos en los artículos 7 y 8 DCSD. El artículo 10 DCSD en ningún modo viene a permitir que se persista en la vulneración del derecho de tercero, pero si apunta a la necesidad de reparar los derechos afectados del consumidor.

Parece así claro que, si en sede de medidas de reparación el empresario no es capaz de asegurar la plena funcionalidad del contenido o servicio suministrado, restaurando debidamente el derecho del tercero (supuesto en que podrá invocar el supuesto de imposibilidad que contempla el artículo 14 DSCD, apartado 2), ello no puede suponer en modo alguno que deba persistir la vulneración del derecho del tercero (que la propia redacción del artículo 10 DCSD da por preservada, al no imponer necesariamente que se levante la restricción en cuestión), sino, en su caso, abrir el camino a una opción de resolución como veremos más adelante.

También sobre la evolución del artículo durante su negociación, debe reseñarse que el Consejo impuso fue también la redacción de la parte final del artículo, que viene a permitir a los EEMM, en este caso específico de no conformidad, el poder apartarse de las medidas de reparación que con carácter general contempla el artículo 14 DCSD, en el caso en que la legislación nacional ya previese, para estos supuestos, la consecuencia de la nulidad o rescisión del contrato. La disposición fue incluida a instancia de un EM que insistió duramente en la negociación, puesto que dispongan en su legislación de esas previsiones específicas (Rosenkranz. 2020:197). Esta provisión no ayuda, una vez más, al objetivo de "armonización parcial selectiva" perseguido por la Comisión, dado que abre nuevamente paso a que existan divergencias de regulación entre los EEMM. La redacción finalmente incluida parece dejar claro que no solo pueden optar por unas consecuencias diferentes para esta modalidad de no conformidad los EEMM que la tuviesen ya prevista en su regulación antes de la adopción de la DCSD, sino también otros que la regulen con posterioridad.

En relación con esta referencia a la posible regulación nacional de los EEMM, los términos nulidad y rescisión deben ser interpretados de forma autónoma, como los del resto de la DCSD, y aunque deban ser referidos a supuestos de nulidad de plano, en el primer caso, y de anulabilidad –donde se requiera un acto expreso de

declaración en el segundo-, sus consecuencias son a la postre análogas e cuanto a la ineficacia del contrato.

Los casos que contempla este artículo 10 DSCD para que el consumidor pueda invocar la aplicación de las medidas correctoras por esta específica causa de falta de conformidad serían dos. Por un lado, se puede producir una restricción, una limitación efectiva en el disfrute de los contenidos o servicios digitales o de alguna de sus características. La otra posibilidad es que el consumidor no pueda utilizar los contenidos o servicios digitales sin incumplir la ley, esto es, "que la licitud que afecta al propio suministro del contenido o servicio se propague al consumidor" (Sánchez Aristi. 2024:507).

En cuanto a las consecuencias de este supuesto de no conformidad, ya hemos indicado que remite a las medidas correctoras del artículo 14, y por tanto también indirectamente a la posibilidad de resolución prevista en los artículos 15 a 18. No ocurrirá lo mismo con las medidas correctoras por incumplimiento del suministro del artículo 13 DCSD, que no entrarían en juego en estos supuestos.

C) Conclusión sobre el régimen de conformidad

El régimen de conformidad establecido en la DCSD constituye una evolución del acervo anterior, actualizada y adaptada para los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, en términos que han de juzgarse en general favorables, si bien no todas las valoraciones son igualmente positivas como se ha visto.

En algunos puntos su redacción adolece de toda la concreción que sería deseable, lo que deja un margen quizá excesivamente amplio a la interpretación de alguno de los supuestos, y a la aplicación de criterios jurisprudenciales como la precepción del consumidor medio, o la determinación de las expectativas razonables. Aunque ello puede considerarse, desde una perspectiva positiva, como

algo exigido por la cambiante naturaleza de la realidad regulada, no deja de tener consecuencias, incluso de naturaleza económica, tanto en el marco de la protección de la propiedad intelectual, como en el de la competencia entre los operadores del mercado de los contenidos y servicios digitales.

Gómez Pomar (2024:451) resalta alguna innovación del régimen de conformidad de la DCSD, como el que se presente una noción de conformidad más pormenorizada, o el que la conformidad no se presente como una exigencia puramente estática en el momento del suministro, sino que se extiende en el tiempo por la vía de las actualizaciones para mantener en conformidad el contenido o servicio suministrado o, en fin, que el sistema obvie los criterios objetivos y generales de conformidad, en favor de otro de consentimiento expreso e informado, como forma de establecer las divergencias entre lo suministrado y las expectativas razonables de los consumidores.

El avance en lo que al Derecho de contratos de la UE se refiere debe considerarse modesto, no siendo demasiadas las cuestiones cuyo régimen jurídico se uniformiza en la Unión, pero sí es, a nuestro juicio, algo más ambicioso que en lo que se refiere a las consecuencias que se derivan de la no conformidad, a que nos referiremos seguidamente.

II.– NORMAS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIAD POR NO CONFORMIDAD

1.- Consideraciones preliminares

Abordamos a continuación el régimen de responsabilidad establecido en el DCSD, que junto al de conformidad que acabamos de exponer, constituye el otro pilar principal de la regulación establecida en la DCSD. Se inspira en buena medida en los precedentes de la Directiva 1999/44/CE, partiendo así de un sistema en que cada concreta causa de no conformidad determinaba la atribución de unos determinados derechos de reparación al consumidor (Wisniewska, Palka. 2023:393)[31].

Advierte sin embargo Arroyo Amayuelas (2024:513) que los argumentos de la regulación contenida en dicha Directiva 1999/44/CE deben revisarse a la luz de las particularidades que puedan presentar los contenidos o servicios digitales, teniendo en cuenta al hacerlo la novedad que supone el que los mismos puedan, o no, estar incorporados o interconectados a bienes, lo que considera puede afectar al cómputo de los plazos de responsabilidad (dadas las dificultades que puede haber para determinar el *dies ad quem*), o por la posibilidad de surgimiento de nuevos plazos derivados de la obligación de proporcionar actualizaciones a los efectos de que los contenidos o servicios digitales mantengan la conformidad.

Los artículos 11 y 12 determinan la eventual responsabilidad del empresario ante cualquier incumplimiento en el suministro de lo contratado. El primero de estos artículos, rubricado "Responsabilidad del empresario", se centra en el momento temporal en que surge la misma, mientras que el segundo, como su

[31] "Regarding the contractual remedies, the Directive continues the remedy approach familiar from the previous Consumer Sales Directive. This means that certain failures to comply with the contract provisions entitle the consumer to specific rights. As the remedies available reinforce the *favour contractus* principle, the consumer is primarily entitled to have the digital content or digital service brought into conformity within a reasonable time and free of charge". Wisniewska, Palka (2023:393).

rúbrica indica, establece el régimen de carga de la prueba, y los supuestos en que la misma se invierte en perjuicio del empresario, aunque también trata alguna cuestión adicional como la obligación de cooperar con el empresario que se impone al consumidor, o el supuesto en que la falta de conformidad sea consecuencia de una incompatibilidad del entorno digital del consumidor (artículo 12, apartado 4).

Los artículos 13 y 14 se refieren a las medidas correctoras aplicables, el primero para el caso en que no se hayan suministrado los contenidos contratados, y el segundo propiamente referido a las medidas correctoras que pueden aplicarse ante una falta de conformidad de los contenidos y servicios suministrados.

Estas medidas se concretan, en esencia, en la posibilidad de solicitar que el empresario suministre o ponga en conformidad los contenidos o servicios digitales, en exigir una reducción del precio en caso de falta de conformidad que no afecte a todo el contenido, o en instar la resolución del contrato, supuesto que procederá -tanto en contratos en que se pacte un precio como en aquellos en que la contraprestación sea la entrega de datos personales-, en casos de falta de suministro (artículo 13 DCSD), falta de conformidad (artículo 14 DCSD) o modificación de los contenidos o servicios en perjuicio del consumidor (artículo 19, apartado 3, DCSD) (Cámara Lapuente. 2020:839).

Debe tenerse en cuenta también la aplicabilidad del derecho de desistimiento previsto, con carácter general, en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2011/83/CE, para los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil (Fevers. 2020:240).

2.- Precedentes del régimen establecido por la DCSD: el elemento temporal

Los antecedentes del precepto deben buscarse en el artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE, que establecía los plazos mínimos durante los que el vendedor debía responder por la falta de conformidad del producto –que se establecía en dos años- así como el que se imponía al consumidor para informar al vendedor desde que se

apercibiese de la falta de conformidad –dos meses desde entonces, según el apartado 2 del citado artículo 5- y la obligación de que los plazos nacionales de prescripción, que podían establecerse, respetasen el plazo mínimo de dos años para la manifestación de la no conformidad. Recuerda Arroyo Amayuelas (2024:514) que la Directiva 1999/44/CE tenía un propósito de armonización mínima, por lo que varios EEMM establecieron plazos de garantía legal más largos, como Suecia de tres años, o limitado únicamente a la vida útil de los bienes (Finlandia o Países Bajos).

Asimismo, debe atenderse al artículo 105 de la propuesta de Reglamento CESL, que regulaba también los plazos mínimos de puesta de manifiesto de la no conformidad, bajo la rúbrica "Momento relevante para determinar la conformidad".

Como precedente más remoto de ambas propuestas del Derecho de la UE, debe atenderse al artículo 36 de la Convención de NN. UU. sobre compraventa internacional de mercancías, que como vamos viendo en el estudio detallado de la DCSD, está también en el origen del régimen de conformidad y otras disposiciones sobre protección de consumidores de la UE. Dicho artículo 36 de la Convención de NN.UU. incluía la noción de "transmisión del riesgo" en la compraventa, de profunda raigambre en el derecho patrio, junto al que conviene tener presentes las diferencias que en la materia presentan tradicionalmente el Derechos continental y el anglosajón[32].

Es interesante también a este respecto, como ejemplo de evolución en una legislación nacional, mencionar la regulación establecida en Derecho inglés sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de suministro de contenidos digitales, en relación con la transmisión del riesgo[33]. Dicha regulación ha ido

[32] Aun siendo innecesario por ser de general conocimiento, nos remitimos al artículo 1452 CC y a los artículos 331 y 333 del CCom, en relación con la doctrina del riesgo en Derecho privado español. Resulta interesante, al abordar la cuestión en la DCSD, recordar la diferencia en los sistemas de derecho francés e inglés sobre esta materia, en relación con el objeto tradicional del contrato de compraventa que eran los bienes corporales. En el Derecho francés (y por tanto, en la tradición continental), se sigue un sistema donde el riesgo lo soporta el comprador (obligado a cumplir su obligación de pagar el precio aunque el vendedor no cumpla sus obligaciones de entregar el bien en el estado en que se hallaba en el momento de la perfección del contrato), y el sistema inglés (donde la cuestión se aborda desde un sistema en que la propiedad sobre las cosas específicas se transmite, como regla general, como consecuencia del contrato en el momento de su conclusión, no obstante lo que las partes establezcan en el contrato, estando la transmisión del riesgo ligada a la transmisión de dicha propiedad). Valera Castro (2023: 811-839).

[33] Este principio tradicional del Derecho anglosajón, en el que la transmisión del riesgo en los contratos sobre bienes corporales se vinculaba a la transmisión de la propiedad se ha ido adaptado a las

experimentados cambios de enfoque derivados de la consideración de las características particulares de los contratos de adquisición de bienes inmateriales de carácter digital, dejando de vincularse la transmisión del riesgo a la transmisión de la propiedad, como era habitual, y pasa a asociarse dicha transmisión al hecho de que el contenido digital se incorpore o llegue al dispositivo del consumidor.

Cuestión importante en relación con la configuración de este régimen de responsabilidad es el elemento temporal, que determina la existencia de distintos tipos de plazos. Por un lado, están plazos durante los cuales puede exigirse la responsabilidad del empresario por falta de suministro o de conformidad, a los que se refiere el artículo 11, apartado 2, DCSD para los casos de suministro en un único acto o serie de actos individuales, y en el apartado 3 para los casos de suministro extendido en el tiempo.

Otro tipo de plazos son los plazos de prescripción que pueden afectar al ejercicio de las medidas correctoras por parte del consumidor que establece el artículo 14 DCSD. A tales plazos se hace referencia en el artículo 11, apartado 3, DCSD, no para establecerlos, sino para exigir que si tales plazos de prescripción existen en el derecho nacional y resultan aplicables al ejercicio de las medidas de reparación, estos plazos prescriptivos no podrán ser inferiores al de dos años que contempla el artículo 11, apartado 2, DCSD.

Arroyo Amaruelas (2024:519) pone de relieve que la propuesta de DCSD presentada por la Comisión impedía a los EEMM introducir un plazo de responsabilidad del empresario, al entender que estos podían seguir aplicando las normas preexistentes sobre prescripción que existiesen en sus respectivas

características propias del Derecho digital, como apunta Krebs (2017:2), quien indica, frente al tradicional funcionamiento del régimen de transmisión del riesgo en la venta de bienes en Derecho inglés, en el suministro de contenidos digitales el enfoque es distinto, y la sección 39 de la *Consumers Rigths Act* de 2015 atiende al momento en que el contenido digital es suministrado, que opera como equivalente a la transmisión del riesgo que recogía la *Sale of Good Act* 1979: "This is the case when digital content (a) reaches the consumer's device, or (b) when it reaches a 'trader chosen by the consumer' via whose service the content reaches the consumer's device. At first glance the focus seems to be on the supply to the consumer's device. However, the Explanatory Notes make clear that supply to such a 'chosen trader' is, in reality, of much greater importance. 'Chosen trader', as envisaged under (b), includes, for example, the consumer's Internet Service Provider (ISP) which provides the consumer with connectivity to the internet. […] Therefore, in most cases traders have fulfilled their obligation before the product has even reached the consumer's modem".

legislaciones, por las que deberían regirse las acciones basadas en la falta de conformidad derivadas de los contratos contemplados en la DCSD. El resultado alcanzado en la negociación modificó sustancialmente el enfoque inicial de la Comisión, como se ha señalado. Señala dicha autora (2024:573) que, en el juego establecido por la DCSD de posibles plazos de prescripción nacionales que no reemplazan al de responsabilidad, y además tienen un *diez a quo*, el consumidor se verá beneficiado si el plazo de prescripción se añade inmediatamente después del plazo de responsabilidad, pues tendrá tiempo de reclamar mientras esté último esté vigente si durante el mimo se hace patente la falta de conformidad, pudiendo además disponer de un plazo adicional de prescripción al final de ese periodo, y ello puede aplicarse tanto al suministro en acto único como al continuado en el tiempo. A tal consideración sólo cabe oponer que la existencia de dichos plazos de prescripción no viene impuesta por la DCSD, que únicamente exige que, cuando existan y sean aplicables a las medidas previstas en el artículo 14 para reaccionar frente a la falta de conformidad, tales plazos prescriptivos no pueden limitar el íntegro transcurso del plazo de responsabilidad.

3.- El incumplimiento de la obligación de suministro

El artículo 11 DCSD enuncia los casos de responsabilidad del empresario que obedecen a un incumplimiento de la obligación de suministrar los contenidos o servicios digitales que le impone el artículo 5 DCSD, atendiendo y regulando fundamentalmente los plazos para la determinación de dicho incumplimiento, así como los que se conceden al consumidor para reaccionar contra el mismo. El artículo debe por ello ser analizado, en una adecuada sistemática, de manera conjunta con el artículo 5 DCSD y el artículo 13 DCSD, que regulan propiamente la obligación que se incumple y los medios de reacción concretos que, ante el incumplimiento, se reconocen al consumidor.

Comienza el artículo 11 DCSD, con un apartado 1 que contiene una frase declarativa de la responsabilidad del empresario por “cualquier incumplimiento” que se produzca en relación con el suministro de los contenidos o servicios digitales.

Declaración sentenciosa, semejante en esta característica a la primera frase del artículo 5 DCSD, apartado 1, cuyo sentido y efecto debe vincularse, como se ha dicho ya, tanto al precepto que establece la obligación de entrega –artículo 5-, como al que establece sus consecuencias –artículo 13-.

Sobre el alcance de los supuestos que deben entenderse incluidos en este apartado 1, más allá de la consideración general de que el mismo incluye "cualquier incumplimiento en el suministro", la propuesta inicial de la Comisión[34] describía en su exposición preambular, con algo más de detalle, que el contenido del artículo 10, (rubricado entonces "Responsabilidades del proveedor") se refería tanto a los casos en que los contenidos suministrados no eran conformes, como al supuesto en que el proveedor no suministrase en absoluto los contenidos digitales.

Sobre esta cuestión de los incumplimientos atinentes al suministro, Zoll (2020:203) entiende que el suministro constituye una tipología distinta a la entrega que se prevé en el artículo homólogo de la DCL (artículo 10, "Responsabilidad del vendedor"), considerando que, en el sentido recogido en la DCL, la entrega generalmente requiere la colaboración de ambas partes del contrato, mientras que el suministro contemplado en la DCSD únicamente requiere la conducta del empresario. Plantea además la duda de si deben incluirse en este artículo los supuestos en que se ha verificado un suministro correcto, pero éste ha sido de un contenido distinto al que se había previsto en el contrato, o si tal caso debe tratarse como un supuesto de no conformidad subjetivo, a la luz de los artículos 6 y 7 DCSD. Dicho autor se inclina más por esta última posibilidad, en un supuesto que afinaría aún más la divisoria entre responsabilidad por falta de suministro y por no conformidad subjetiva. La cuestión no es baladí, si se atiende a que la regulación de uno u otro incumplimiento no son iguales en la DCSD.

A nuestro parecer, este supuesto encaja perfectamente en la declaración general del artículo 11, y puede presentarse como un incumplimiento en el suministro que abra la puerta a las medidas correctoras del artículo 13 DCSD. Resulta clarificador el análisis que hace Cámara Lapuente (2016:49) de este precepto, tal y como se incluía en la propuesta de la Comisión presentada en 2015,

[34] Documento COM(2015) 634 final. Bruselas, 9.12.2015.

en el que más allá de las dudas de traducción suscitadas a dicho autor, afirmaba que la expresión "cualquier incumplimiento en el suministro" (que, como venimos diciendo, se ha mantenido en el texto final de la DCSD), podía conducir al equívoco de incluir en tal supuesto, "conforme a nuestra tradición jurídica, no solo el caso de incumplimiento total (falta absoluta de suministro alguno) sino también el cumplimiento defectuoso que, en realidad, en el diseño de la Propuesta de Directiva, es una falta de conformidad con sus reglas *ad hoc*, que no permiten, como en aquel supuesto, el derecho de resolución inmediato".

Los apartados 2 y 3 del artículo 11 DCSD contienen reglas sobre los plazos durante los que se extiende la responsabilidad del empresario por incumplimientos en el suministro, así como sobre el régimen aplicable a los períodos de prescripción que, para ejercer las acciones que surgen en su favor frente a empresario, afectan al consumidor.

La sistemática, en principio clara, atiende a las dos modalidades temporales de suministro que prevé la DCSD, refiriéndose el apartado 2 a los casos de suministro en acto único o en varios actos separados, y el apartado 3 al suministro se pacta sobre un periodo de tiempo, que son objeto de los considerandos 55 a 57 DCSD. Hecha esta distinción, y al abordarse el contenido de cada uno de los apartados, la redacción se complica, pues se abordan distintos supuestos de vigencia de la responsabilidad del empresario a lo largo del tiempo, con la posible existencia de plazos de prescripción para exigirla, en función de que los mismos se hayan previsto o no en el Derecho nacional.

El apartado 2 del artículo 11 DCSD, relativo a los casos de suministro en un único acto o en varios individualizables, vuelve en su primer párrafo a realizar una declaración general de responsabilidad del empresario, en este caso no limitada a las deficiencias en el suministro, sino a cualquier posible no conformidad que resulte de la aplicación de los artículos 7, 8 o 9, sin por tanto incluir del supuesto específico del artículo 10 (vulneración de derechos de terceros[35].

[35] Zoll (2020:210) entiende que esa exclusión de los supuestos de no conformidad del artículo 10 pueden obedecer a una laguna no intencional cometida en la redacción de la DCSD (supuesto que, dada la visibilidad del caso y lo detenidas que son las revisiones negociadoras de las propuestas normativas en las

Se excluye también el supuesto de la no conformidad producida por la falta de actualizaciones que el consumidor pueda razonablemente esperar, o por falta de información sobre las mismas, que se contempla en el artículo 8 DCSD, apartado 2, letra b). No se excluyen por tanto, las determinadas por las actualizaciones previstas expresamente en el contrato de suministro extendido en el tiempo, objeto de la letra a) del mismo apartado 2.

La exclusión de este supuesto se ha justificado en que en dichos casos la no conformidad no deriva del suministro directamente, sino de la actualización posterior (Zoll. 2020:205), si bien no se entiende que la exclusión de la responsabilidad se limite sólo a los supuestos de la letra b) del apartado 2 y no también a las del apartado a), cuando la cuestión a dilucidar sería únicamente si esa razonable expectativa del consumidor a esperar la actualización era fundada o no; si lo era, no se justifica la exclusión de la responsabilidad en tales casos.

La explicación de esta distinción -sobre la que ninguna luz arrojan los considerandos de la norma- podría ser doble, según se considerase que en ese caso la actualización "razonablemente esperada" debe considerarse objeto de una relación jurídica diferente a la del primer suministro, o bien que la exclusión se refiera sólo a la aplicación del plazo mínimo de tiempo previsto en el párrafo siguiente, que debe establecerse para limitar la responsabilidad del empresario. Es por esta segunda explicación por la que apuesta Zoll (2020:205), opción que parece la más razonable y que parece confirmarse por el párrafo siguiente. Debe dejarse constancia en todo caso de la insuficiente claridad que al respecto presenta de la redacción de este apartado.

La disposición novedosa que presenta dicho apartado 2 del artículo 11 DCSD se contiene en el párrafo siguiente, que establece que cuando los derechos nacionales de los EEMM limiten temporalmente la responsabilidad del empresario en los casos citados de no conformidad, dicha limitación debe respetar un plazo mínimo de dos años desde que se verifique el suministro. La redacción incluye un "sin perjuicio" referido de nuevo al apartado 2, letra b) del artículo 11 DCSD, cabe

instancias preparatorias del Consejo de la Unión, no nos parece una explicación convincente), o bien a que sea una omisión intencionada, habiéndose dejado la regulación de la cuestión a las legislaciones nacionales.

entender que a las condiciones y circunstancias particulares del contrato, lo que confirmaría la tesis de que la exclusión de tal supuesto se refiere únicamente a la exigencia de ese plazo de dos años, que en estos supuestos habría de computarse desde la recepción de la ulterior actualización.

Debe entenderse de los términos del precepto que el cómputo de ese plazo de dos años se iniciaría tras verificarse el suministro, aunque como también apunta Zoll (2020:205), en ocasiones la no conformidad no se hará manifiesta hasta la instalación o acceso al contenido o servicio suministrado, que puede verificarse en un momento posterior al del suministro. Nos parece no obstante que, dado que esa posible postergación en el acceso, instalación o uso de lo suministrado, queda enteramente al arbitrio del consumidor, la existencia de seguridad jurídica para el empresario exige que el plazo de dos años deba computarse, en todo caso, desde el momento en que se haya completado el suministro, que es además lo que establece la literalidad del artículo.

Distinta es la cuestión de si este plazo puede ser suspendido, por ejemplo, en el caso de reparaciones necesarias que deba realizar el empresario, sobre lo que nada dice el precepto. Asimismo, y en cuanto al momento de aparición del motivo de no conformidad, esta deberá ser perceptible y reconocible para el consumidor (Zoll. 2020:206).

El tercer párrafo de este apartado 2 prevé el caso de las legislaciones de los EEMM tengan establecidos plazos de prescripción específicos para el ejercicio por el consumidor de sus derechos, *ex* artículo 14, en caso de no conformidad. Se establece en tal caso la advertencia de que dichos plazos prescriptivos deben permitir al consumidor actuar contra las faltas de conformidad advertidas en el lapso mínimo de dos años establecido en el párrafo anterior. Como recuerdan Gsell y Araldi (2020:487), ni la DCSD ni la DCS establecen plazos de prescripción como tales, ni regulan en general el cómputo de los plazos de prescripción nacionales, cuanto tiempo pueden durar o cuando terminan.

Ponen de manifiesto estas previsiones la multiplicidad de supuestos que, jugando con la posibilidad de establecer o no estos dos posibles plazos temporales, pueden existir en las legislaciones de los EEMM. El considerando 58 DCSD alude

expresamente a la competencia de los EEMM para regular los plazos de prescripción, y la consecuente imposibilidad de que la Directiva pueda establecer la fecha de inicio de su cómputo. Dichas diferencias, en el caso de comercio electrónico transfronterizo, deben ser conocidas por el empresario a efecto de poder calcular los riesgos de su actividad, por lo que estamos ante un nuevo elemento que pone de manifiesto las limitaciones a que se enfrenta en la DCSD el propósito de "armonización máxima selectiva" del legislador UE, incluso en un aspecto de la regulación que sí ha sido abordado por la norma[36].

El apartado 3 de este artículo 11 DCSD aborda el otro supuesto temporal, cuando el suministro se extiende a lo largo del tiempo, volviendo para tales casos a recoger la declaración de responsabilidad del empresario por no conformidad resultante de los artículos 7, 8 y 9, cuando la misma se haga manifiesta a lo largo del período en el que se ha pactado el suministro. El segundo párrafo contiene una norma análoga a la descrita en el apartado anterior, para los casos en que la legislación nacional contempla un plazo de prescripción para el ejercicio por el consumidor de sus acciones para exigir las medidas correctoras.

Nos remitimos a lo dicho al tratar el artículo 11, apartado 2, en cuanto a la no suficientemente clara distinción entre los contratos con suministro de contenidos digitales en un acto único, o extendidos en el tiempo. Al respecto coincidimos con Arroyo Amayuelas (2024:530), quien subraya también la complejidad que, en cuanto a los distintos plazos establecidos en relación con la responsabilidad por no conformidad y el ejercicio de las acciones reparadoras, presenta el texto final de la DCSD. Ello debido en buena parte, señala la autora, por lo que considera un confuso criterio diferenciador entre supuesto de "suministro continuado" en el tiempo (que afirma no deben confundirse con los suministros de larga duración, pues tan suministro continuado es una suscripción por tiempo indefinido para acceder a los contenidos musicales de una plataforma, como la retransmisión en línea de un videoclip de una hora de duración), y el suministro en uno o varios actos individualizados (por cuanto, afirma dicha autora, el que un acto de entrega

[36] Expresa también estas dudas Arroyo Amayuelas (2024:532), al hablar del efecto armonizador limitado que se alcanzará tanto con la DCSD como con la DCL en esta materia, dadas las divergencias que existen entre ambas.

individual como pueda ser una descarga de *software*, no puedan comportar un disfrute limitado en el tiempo).

Sí conviene insistir en una posible modalidad que puede presentarse, y es relevante a los efectos del artículo 11 DCSD que ahora analizamos: aquella en que el consumidor accede y descarga el contenido digital en un momento determinado, pero el contrato le habilita para utilizarlo durante un período de tiempo, transcurrido el cual no podrá seguir haciéndolo o, de forma automática, terminará la posibilidad de utilización o la funcionalidad del producto descargado en su momento (Beale. 2021:101)[37]. En tales casos, se apunta por la doctrina (Zoll. 2020:209), que tiene poco sentido extender la responsabilidad del empresario por todo el período de uso pactado, como se hace en este artículo 11 DCSD, apartado 3, al asimilarse a los casos de suministro continuo durante un período, ante un supuesto de no conformidad que no existía en el momento del suministro, sino que surge en un momento posterior.

La falta de claridad del artículo 11 en este punto ha sido puesta de relieve por Gsell y Araldi (2020:491), incidiendo en la falta de coherencia con la previsión de un plazo de prescripción en la legislación nacional, que no podría afectar al derecho del consumidor a reaccionar, en cualquier momento posterior a la conclusión del contrato, cuando advirtiese que la no conformidad se había producido durante la vigencia del mismo, si bien no fue advertida sino posteriormente[38]. No parece razonable entender que la intención del legislador de la UE haya sido restringir de

[37] "It is submitted that the same must apply when digital content is supplied by a single download but is available to the consumer for a limited period only. This is certainly the case if the trader has undertaken to supply updates at intervals during the period, which Recital 57 seems to treat as a form of "continuous supply". The same result must apply even if there was no promise of updates: the consumer would reasonably expect updates for that period, though not beyond it. The consumer is not entitled to use the content after the expiry of the period and therefore be cannot entitled to have it updated later (unless of course the period is renewed)". Beale (2021:101).

[38] "Si esta redacción [artículo 11. 3 DCSD] se enciende literalmente el consumidor debe poder ejercer efectivamente sus derechos con respecto a cualquier defecto que se produzca durante el período de suministro establecido en el contrato. Así, por ejemplo, si el consumidor fuese informado cinco años después de la finalización del plazo de suministro contractual de que se había producido un defecto oculto durante la vigencia del contrato, su derecho a las medidas correctoras no podría ser limitado por un plazo de prescripción nacional. Por lo tanto, la legislación nacional en materia de prescripción debería siempre garantizar que el plazo de prescripción nacional solo pueda expirar después de que se descubra un defecto que se produjo durante el período de responsabilidad". (Gsell. 2020:491).

tal forma cualquier posibilidad de establecer un plazo de prescripción en las legislaciones nacionales de los EEMM.

Parece por tanto necesario distinguir, para determinar los casos de aplicación del apartado 2 o del apartado 3 del artículo 11 DCSD, aquellos casos en que el empresario mantiene el control sobre el contenido digital durante todo el período pactado en el contrato, de aquellos otros, antes descritos, donde lo que se extiende durante un tiempo limitado es el derecho del consumidor a utilizar o acceder a los contenidos o servicios. Igualmente, se apunta un posible desequilibrio en favor del consumidor en los casos en que la falta de conformidad se haya puesto de manifiesto tiempo antes (incluso años antes), pero el consumidor no haya reaccionado ante ella con anterioridad, puesto que en este tipo de contratos de suministro extendido en el tiempo, no habrá prescripción aplicable mientras el contrato mantenga vigentes las obligaciones entre las partes, por mucho que el motivo de la posible acción –y por tanto su *dies a quo*- en el régimen ordinario hubiese empezado su cómputo tiempo atrás.

Otro aspecto que se pone de manifiesto es, en el caso de contratos de suministro de bienes que incorporen contenido digital, el posible efecto del paso del tiempo sobre dichos bienes, que a diferencia de que ocurre con los contenidos, sí están sometidos a un natural proceso de deterioro que puede afectar al normal acceso al contenido digital incorporado (Zoll. 2020:210). Observación que debe ponerse en entredicho, por cuanto si algo caracteriza a los contenidos digitales es su naturaleza inmaterial, que tiende a asegurar su durabilidad y no deterioro, sin perjuicio de eventual necesidad de instalar actualizaciones para preservar su funcionalidad.

Una cuestión final que debemos reseñar es la, a nuestro juicio, excesivamente abierta redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 11 DCSD, que en referencia a los plazos de prescripción que pueden establecerse (o estar ya contemplados) en las legislaciones nacionales, indica que "no deben impedir el ejercicio por el consumidor de las medidas correctoras previstas en el artículo 14". La cuestión remite indefectiblemente a una amplia jurisprudencia del TJUE (mayormente en el ámbito de los contratos bancarios y financieros), sobre el principio de efectividad, y

sus condicionantes sobre los plazos de prescripción previstos en las legislaciones nacionales, cuando se atiende a acciones dirigidas al efectivo resarcimiento derivado de la declaración como abusiva de una cláusula contractual a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

Dicha jurisprudencia viene a establecer que cualquier plazo prescriptivo, en la interpretación que de él hagan los tribunales nacionales, no puede afectar a la finalidad restitutoria que deben tener las acciones emanadas de normas de la UE, conforme a dicho principio de efectividad y, en menor medida, al de equivalencia[39]. Entendemos que esta jurisprudencia podrá ser invocada ante plazos prescriptivos demasiados ajustados o que, de su interpretación por los jueces nacionales, hagan imposible o excesivamente difícil al consumidor el ejercicio de las acciones resarcitorias previstas para los casos de no conformidad. A ello alude el considerando 58 *in fine* cuando alude a la necesidad de garantizar que los plazos prescriptivos "sigan permitiendo a los consumidores exigir medidas correctivas por cualquier falta de conformidad que se manifieste al menos durante todo el periodo en el que el empresario sea responsable de una posible falta de conformidad".

4.- El tratamiento de la carga de la prueba de la prueba

El artículo 12 aborda una cuestión capital para asegurar la eficacia de un régimen de protección de consumidores como el que pretende la DCSD, en un ámbito tan técnico y de tan difícil dominio por dichos consumidores como es el de

[39] Véase la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, *Caixabank (Prescription de remboursement des frais hypothécaires)*, C-810/21 y C813/21 (asuntos acumulados), ECLI:EU:C:2024:81, apdo. 43 y jurisprudencia citada: "En lo que atañe a la oposición de un plazo de prescripción a una acción ejercitada por un consumidor para que se le devuelvan cantidades indebidamente abonadas, fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual en el sentido de la Directiva 93/13, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de dicha Directiva no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad"

la tecnología digital: la carga de la prueba de la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados.

A ello se refiere el considerando 59 cuando, al enmarcar dicho artículo, afirma la necesidad de equilibrar las posiciones de las partes de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, que difieren sustancialmente en cuanto, debido a la especificidad de la materia y la complejidad de tales contenidos, el empresario dispone de una posición ventajosa por su mayor "conocimiento y acceso a conocimientos prácticos, información técnica y asistencia en alta tecnología", para determinar la causa del deficiente suministro o de la no conformidad de los contenidos contratados. Es una cuestión a la que venimos haciendo referencia durante todo este trabajo, pues constituye un factor determinante tanto del contenido como de la propia existencia de la normativa abordada.

Partiendo de esta premisa, el artículo 12 DCSD establece el régimen sobre carga de la prueba, a partir de una declaración general en su apartado primero de que será al empresario a quien corresponde la prueba de si los contenidos o servicios digitales se suministraron correctamente y son conformes. Zoll (2020:213) puntualiza que realmente y dado que no hay un estándar universal sobre la carga de la prueba, esta puede siempre ser invertida, por lo que más bien estamos en presencia de un régimen incompleto de normas sobre la materia, que trata de proteger el consumidor si asegurar del todo esa protección. En cualquier caso, es clara a nuestro juicio la necesidad de una previsión como esta en la DCSD, dada la más que probable incapacidad del consumidor para acreditar un incorrecto suministro o una no conformidad técnica de lo suministrado.

El precedente de este artículo, y de la disposición pareja consignada en el artículo 11 de la DCL, estaría en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 99/44/CE, que establecía, como regla general, la presunción (por tanto, salvo prueba en contrario), de que las no conformidades manifestadas en los seis meses siguientes a la entrega del bien existían ya en el momento de esa entrega. La misma disposición incluía el artículo 105, apartado 2, de la propuesta de Reglamento CESL.

Como veremos, la diferencia fundamental estriba en la duración del período en que rige esta regla de prueba (seis meses), que ahora en la DCSD se ha extendido hasta un año en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, respecto del régimen general de compras al consumo. Otra diferencia significativa, es que en la citada Directiva 1999/44/CE se aplicaba una presunción de la existencia de los defectos, mientras que en la DCSD se hace recaer expresamente la carga de la prueba en el empresario, al que no le bastará en consecuencia desacreditar la presunción para invertirla, sino que deberá proceder a acreditar cumplidamente el correcto estado del contenido o servicio digital suministrado. Ello supone otro paso en favor de la posición del consumidor bastante reseñable. Transcurrido ese período de un año, el consumidor puede seguir alegando la no conformidad, si bien le incumbirá a él probar que la misma existía en el momento en que se verificó el suministro.

El apartado 1 establece esta carga de la prueba en el empresario para todos los aspectos relativos a un suministro no conforme con lo previsto en el artículo 5 DCSD. Corresponderá al consumidor acreditar la obligación de suministro que recae sobre el empresario, pero en lo demás le bastará señalar que el mismo no se ha producido o que el mismo ha presentado deficiencias. Nada se dice en la norma sobre a quién corresponde acreditar la aparición de la falta de conformidad, entendiendo Zoll (2020:217) que es una cuestión que se deja a los derechos nacionales, si bien normalmente deberá corresponderá al consumidor dado que es quien se beneficia de ella, y determina la aplicación de la presunción de que la misma existía desde el momento del suministro.

Los siguientes apartados, 2 y 3, del artículo 12 DCSD, vuelven a establecer reglas específicas sobre la carta de la prueba según el contrato fuese de suministro en un acto único o durante un periodo de tiempo, si bien la diferenciación entre ambos se hace por remisión, respectivamente, al artículo 11 DCSD apartados 2 y 3. Así, se retoma la regla que hemos visto se recogió en la Directiva 99/44/CE y se propuso en el Reglamento CESL, para determinar que durante un plazo de un año (no seis meses como se establecía en estas últimas), la carga de la prueba de que los contenidos o servicios suministrados eran conformes corresponderá al empresario. Lógicamente, en el primer caso (apartado 1) dicho plazo se computa a partir del

momento del suministro, mientras que en el segundo (apartado 2), la carga del empresario se mantendrá durante todo el período del contrato, y respecto de las faltas de conformidad que se manifiesten durante el mismo.

Gsell y Araldi (2020:4965) consideran justificado el que en este artículo se imponga una carga de la prueba más amplia al empresario en los casos de suministro continuo de contenidos y servicios digitales, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en los otros supuestos de suministro único, no parece razonable sostener en tales casos que el contenido o servicio digital quede fuera de la esfera de influencia del empresario a partir del momento del suministro.

Se ha señalado que, en este último caso, la previsión del apartado 3 resulta innecesaria, puesto que la aparición de una falta de conformidad en cualquier momento del periodo al que se extiende la obligación de suministro determina ya la responsabilidad del empresario. Por otro lado, la aparición de la deficiencia una vez finalizado el periodo durante el que contractualmente ha de extenderse el suministro tampoco es trascendente, si hasta la finalización del mismo el consumidor no ha sufrido sus consecuencias y, por tanto, no tiene ya a su disposición las medidas correctoras (Zoll. 2020:218).

El mismo autor apunta (2020:220), en relación con este apartado 2, las dudas que surgen en cuanto a la aplicación de esta carga de la prueba en los casos en que la no conformidad resulte de una de las actualizaciones instaladas con posteridad al transcurso de un año desde que se verificó el suministro, pero antes de transcurrido aún un año desde el suministro de la propia actualización, en el caso de que el empresario acredite que el suministro inicial fue correcto; se propone en tales casos que se aplique el régimen de carga de la prueba también respecto de las no conformidades acaecidas por actualizaciones posteriores a la instalación inicial.

Los apartados 4 y 5 de este artículo 12 vienen a reequilibrar de algún modo la relación consumidor-empresario, al establecer dos supuestos en que no se aplicará el régimen de carga de la prueba anteriormente descrito.

El primero (apartado 4), es el caso en que el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor no es compatible con los requisitos técnicos de los

contenidos o servicios digitales suministrados, y se haya informado de ello de manera clara y comprensible al consumidor antes de celebrar el contrato.

La aplicación de este supuesto exige por tanto dos requisitos. Por un lado, que exista la citada incompatibilidad con el entorno digital del consumidor, concepto que define según hemos visto el artículo 2 DCSD, en su número 9, por referencia al hardware, software o cualquier conexión de red del consumidor. Nos remitimos a las consideraciones hechas al comentar el artículo 9 en relación con la aplicación de este primer requisito. Debe no obstante añadirse que la redacción del apartado permite interpretar que al empresario le basta acreditar esta incompatibilidad para beneficiarse de la inversión de la carga de la prueba, sin necesidad de acreditar que la misma haya sido causa directa de la falta de conformidad alegada por el consumidor (Zoll. 2020:219). Ello, aunque no excluye que el consumidor pueda intentar acreditar la existencia de la no conformidad en el momento del suministro, le complica enormemente tal objetivo.

El segundo requisito es que el empresario haya transmitido, de forma clara y comprensible al consumidor, la información sobre esa posible falta de compatibilidad con su entorno digital antes de la celebración del contrato. Nada se establece sobre el medio por el que se debe haber transmitido esa información –que puede ser perfectamente alguna mención en el propio contrato suscrito, u otro que deje constancia y permita su acreditación, siempre que se cumpla la doble exigencia formal de claridad y comprensibilidad. Ambos adjetivos remiten nuevamente al parámetro del nivel de comprensión del consumidor medio.

Finalmente, el apartado 5 del artículo 12 DCSD incluye otro aspecto novedoso en la normativa de protección de consumidores de la EU: el deber de colaboración del consumidor con el empresario para determinar si la falta de conformidad de los contenidos o servicios suministrados radica en el entorno digital del consumidor. Es por tanto una previsión ligada al anterior apartado 4, para facilitar, y excluir en ciertos casos, su aplicación.

El deber legal de colaboración impuesto al consumidor se modera en cuanto la colaboración se impone “en la medida de lo razonablemente posible y necesario”, y se limitará “a los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el

consumidor". El empleo de estos términos indeterminados requerirá que este deber se concrete a la vista y consideración de las circunstancias particulares de cada caso, tipo de contenido o servicio suministrado, y características del "entorno digital" del consumidor (Zoll. 2020:2020)

La consecuencia anudada a que el consumidor no preste esta colaboración a que le obliga el precepto, será la no inversión de la carga de la prueba ya mencionada expuesto, siempre que el consumidor haya sido previamente informado (de nuevo, de forma clara y comprensible antes de la celebración del contrato), de la existencia de dicha obligación. En tal caso, la prueba de la existencia de la falta de conformidad, así como de que la misma existía en el momento de verificarse el suministro recaerá sobre el consumidor. Sánchez Leiría (2021:78) expresa en este punto la sorpresa por el hecho de que se imponga una obligación precontractual de información sobre una obligación legalmente prevista, apuntando que hubiese sido más conveniente que esa información se facilitase en el momento en que se produzca la falta de colaboración del consumidor, y a fin de que en ese momento tenga un conocimiento claro de a qué le aboca su negativa a prestar la colaboración prevista en este apartado[40].

III.- LAS MEDIDAS CORRECTORAS EN LA DCSD

1.- Consideraciones preliminares

La determinación de qué medidas correctoras proceden en favor del consumidor se establecen en los artículos 13 y 14 DCSD, de forma separada según

[40] "Al respecto, llama la atención que se imponga un deber de información que recae sobre una obligación legal (deber de cooperar) que el consumidor no puede ignorar por estar, precisamente, impuesta por una Ley. En cualquier caso, esta información estará, habitualmente, escondida en el texto de las condiciones generales del contrato, lo que determinará que, en la mayoría de los casos, el consumidor no la haya leído ni la conozca. Quizás hubiese sido más efectivo imponer este deber de información en el momento en que se produzca el supuesto, de tal forma que el consumidor conozca las consecuencias de no actuar conforme se exige legalmente en el momento en que se exige su colaboración". Sánchez Leiría (2021:78).

se esté ante un supuesto de suministro incorrecto, o se trate de un caso de no conformidad de los que se han venido exponiendo.

El esquema general de estas medidas correctoras se articula en dos fases. En una primera, se debe dar al empresario la oportunidad de corregir la deficiencia inicial, bien sea en el acto del suministro o la no conformidad advertida posteriormente, y en caso de no hacerlo o ser imposible dicha subsanación, podrá el consumidor acudir a medidas de carácter compensatorio o resarcitorio, entre las que se encuentran la resolución del contrato, con la restitución de cantidades pagadas y obligaciones específicas de otro tipo para cada parte, o una reducción proporcional en el precio pagado.

Son, en esencia, las medidas que ya contemplaba, en el régimen general de contratos con consumidores, el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, si bien adaptadas a las particularidades que presentan los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tratados.

Por su parte, la propuesta de Reglamento CESL dedicaba todo un capítulo de su reglamentación, el 11, a sistematizar los medios de reacción ante el incumplimiento, con un contenido más amplio –teniendo en cuenta que dicha propuesta aspiraba a establecer un régimen general aplicable a los contratos de compraventa, incluyendo tanto bienes materiales como contenidos digitales-, que comenzaba con la posibilidad de subsanación por el vendedor, el derecho del comprador a la reparación o sustitución del bien, la posibilidad de suspensión de las obligaciones del comprador ante el incumplimiento (artículo 113), y finalmente, las opciones de resolución o reducción del precio. En el caso de la DCSD, las opciones son más reducidas, dado el ámbito más concreto de la misma. Gsell (2020:243) reseña cómo la DCSD, a diferencia de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercancías, o la propuesta de Reglamento CESL, no sigue un principio uniforme o único de "incumplimiento del contrato" o de "incumplimiento de prestaciones".

2.- Medidas ante la falta de suministro

A) Reiteración de la solicitud de suministro

Abordando en primer lugar el artículo 13 DCSD, en él se establecen las medidas de reacción del consumidor cuando el incumplimiento afecte a la obligación prevista en el artículo 5 DCSD, de verificar un suministro correcto y sin demora indebida de los contenidos o servicios digitales contratados. Debe recordarse que el considerando 41 DCSD señala que la obligación de suministro se cumple cuando los contenidos o servicios digitales se ponen a disposición del consumidor, facilitándole acceso a los mismos, y que ello debe entenderse que se ha producido cuando tales contenidos o servicios han llegado al entorno del consumidor, "y no sea necesario ningún otro acto del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato".

El incumplimiento que aborda el artículo 13, debe entenderse referido a una falta total y absoluta de suministro, ya que los problemas en cuanto a la cantidad o calidad del suministro constituiría más bien un supuesto de no conformidad del suministro del artículo 7 DCSD, apartado a), que debería remediarse acudiendo al artículo 14.

La primera medida del consumidor conforme al apartado 1, es solicitar al empresario que verifique el suministro. El empresario tiene entonces una segunda oportunidad de hacerlo, sin demora indebida o en un periodo de tiempo adicional pactado por las partes. Solo si tras este requerimiento el empresario vuelve a incumplir su obligación de suministro, tendrá el consumidor el derecho a resolver el contrato. Es esta la regla general y la reacción a que ordinariamente se tendrá derecho en caso de incumplimiento inicial de la obligación de suministrar que incumbe al empresario.

En este punto la DCSD se aparta de la propuesta inicial de la Comisión, en la que el incumplimiento de la obligación de suministro se consideraba un incumplimiento grave de la principal obligación del suministrador (así lo expresaba

el considerando 35 de dicha propuesta), que determinaba, conforme al artículo 11 de la propuesta, en relación con el artículo 5, el derecho del consumidor a la resolución inmediata del contrato. No es esa, como hemos visto, la opción que ofrece al consumidor el artículo 13 del texto final de la DCSD.

Pese a las terminantes declaraciones tanto de su artículo 5 como del 11 sobre la gravedad de tal conducta, la consecuencia general que el artículo 13 anuda al incumplimiento del suministro hace que el mismo no suponga, en realidad, más que un retraso en el cumplimiento, sin mayores consecuencias para el empresario que el tener que verificar el suministro sin demora adicional o en el nuevo plazo establecido entre las partes (Fevers. 2020:223).

El modelo así seguido por la DCSD en estos supuestos de incumplimiento de la obligación de suministrar, con precedentes en el artículo 46 de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercaderías, es el recogido en el artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, si bien con alguna diferencia desde el momento en que este último precepto establece mayores requisitos, como un emplazamiento expreso por el comprador al vendedor para la entrega en un plazo adicional "adecuado a las circunstancias".

Estas diferencias llevan a Fervers (2020:224) a entender que pueden suscitarse dudas sobre el régimen aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, dado que, conforme a su artículo 17 de la Directiva 2011/83/CE, la misma también es aplicable a los contratos de venta de contenidos digitales. A nuestro juicio esta duda no tiene mucho recorrido, considerando que la DCSD debe considerarse una norma especial respecto de la Directiva 2011/83/CE, además de posterior en el tiempo, por lo que cualquier posible antinomia entre ambas debe resolverse en favor del régimen establecido por la DCSD, en aquellas cuestiones que esta regule expresamente.

Sobre la cuestión arroja también cierta luz el considerando 20 DCSD, que señala que la Directiva 2011/83/CE, y su régimen sobre la obligación de suministro y sobre las medidas correctoras ante un incumplimiento en la entrega, debe seguir aplicándose a los soportes materiales en los que se entreguen los contenidos

digitales, cuando los mismos tengan una función exclusivamente de portadores de dichos contenidos. Ello implica, por ejemplo, que el régimen de responsabilidad del empresario se extienda al plazo de dos años a partir del momento de la entrega, por los vicios que presenten los contenidos digitales que se hayan incorporado al bien (Gsell, Araldi. 2020:483). A *sensu contrario*, para los contenidos o servicios digitales suministrados sin soporte material se aplicará íntegramente el régimen de la DCSD.

En relación con el contenido de este apartado 1 del artículo 13, se ha planteado si realmente contempla dos medidas para reaccionar frente al incumplimiento de la obligación de suministro, o si en realidad sólo establece como tal el derecho a resolver el contrato (lo que sería más conforme con la calificación de dicha falta de suministro como determinante de un incumplimiento substancial del contrato), sin que necesariamente deba interpretarse que se ofrece además al consumidor un derecho a reclamar el cumplimiento. En esta hipótesis interpretativa, lo que haría este artículo 13 DCSD, apartado 1, no sería ofrecer un derecho al consumidor a reclamar el cumplimiento, sino que vendría a establecer las condiciones necesarias para que el consumidor pueda reclamar la conclusión del contrato (Fevers. 2020:226).

Pese de las justificaciones expuestas para esta interpretación, lo cierto es que el artículo 13 DCSD, en su apartado 1, establece que, en primer lugar, el consumidor "pedirá al empresario que suministre", previsión establecida de manera imperativa, y que no parece posible omitir en la incorporación de la DCSD a los derechos nacionales, cuando además se establecen requisitos temporales en cuanto a las consecuencias de esta petición. Por tanto, y más allá de las justificaciones a la interpretación antes comentada, sí debe considerarse que la reclamación para que el empresario suministre es, en todo caso, un requisito y un derecho del consumidor, que no puede omitir para alcanzar la segunda instancia de reparación: la resolución contractual.

Sobre esta solicitud de cumplimiento que el consumidor debe dirigir al empresario no se establece requisitos de forma determinados, por lo que podrá hacerse por cualquier vía (siendo lógicamente preferible aquella que permita la constancia de la petición, para fundamentar en su caso la procedencia de la

resolución), y dando por entendido que el empresario debe de conocer a qué contenidos o servicios digitales se está refiriendo la reclamación, señalando Fervers (2020:228) que la solicitud puede hacerse por remisión a un número de orden o acompañando un correo electrónico previo en el que se hiciese referencia al objeto del contrato.

No es necesario tampoco que el consumidor marque un plazo para el nuevo intento de suministro -por defecto el empresario debe proceder "sin demora indebida"-, si bien no se descarta la posibilidad de que ambas partes puedan establecer un plazo determinado para este segundo suministro. A este plazo se refiere el considerando 61 DCSD, que señala que, en la mayor parte de los casos y dado su formato digital, el suministro no debe requerir ningún plazo adicional para ser puesto a disposición del consumidor, debiendo el empresario verificar el suministro inmediatamente. Sin embargo, no debe olvidarse la posibilidad de que el contenido o servicio digital se entregue en un soporte material, supuesto en el que no será posible una entrega instantánea.

Las partes, por otro lado, pueden pactar un plazo de entrega determinado para este segundo intento de suministro, que no siendo obligatorio para el consumidor, puede tener su sentido y satisfacer su interés principal en obtener el suministro contratado en lugar de resolver el contrato, considerando además las múltiples incidencias técnicas que pueden afectar o haber determinado el primer incumplimiento por parte del empresario.

Parece conveniente y adecuado que se presuma que puede haber existido un diálogo entre las partes que conduzca a la fijación de un plazo determinado para la entrega que no sea inmediato, sino que permita al empresario, en su caso, resolver eventuales dificultades que le hayan impedido, contra su voluntad, cumplir con el suministro según lo previsto inicialmente en el contrato. En este mismo sentido, Zdraveva (2021:412) considera que la posibilidad que este apartado concede a las partes para extender el plazo de cumplimiento del contrato es una manifestación del principio de conservación del negocio.

El nuevo incumplimiento de la obligación de suministrar por parte del empresario en estos casos, ya hemos visto que tiene como consecuencia el que su contraparte pueda reclamar la resolución del contrato.

B) La resolución como reacción ante la reiterada falta de suministro

El apartado 2 del artículo 13 DCSD viene a reconocer directamente el derecho a resolver el contrato, sin exigir al consumidor que reclame de nuevo empresario la el suministro, cuando el empresario declare, o se deduzca de las circunstancias del caso, que el suministro no se va a producir (supuesto de la letra a) del apartado 2).

Basta para ello cualquier tipo de declaración del empresario de la que se deduzca que no va a verificar el suministro, sin exigirse un contenido o forma determinada. Sin embargo, no parece suficiente una declaración en que señale que no va a poder suministrar dentro del plazo acordado (entendemos que se refiere al incumplimiento de la obligación inicial de suministro), y ello por comparación con el supuesto previsto en la letra b) del mismo apartado (artículo 13 DCSC), que atiende un supuesto donde el momento de la entrega , bien por establecerlo así el contrato o por señalarlo con claridad las circunstancias, constituye un elemento esencial del contrato (Fervers. 2020:231).

Ello nos lleva al supuesto de la letra b) de este apartado 2, que prevé que también pueda acudirse directamente a la resolución cuando para el consumidor fuese esencial que el suministro se produjese en un momento determinado, y ello se dedujese claramente de las circunstancias concurrentes al celebrar el contrato, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 2, artículo 13 DCSD.

Ambos supuestos, los de la letra a) y b) del apartado 2, contemplan casos en que, como señala Fervers (2020:233), tampoco puede considerarse que el empresario sea tratado de manera desventajosa por el hecho de que se vea directamente abocado a la resolución contractual. Es evidente, bien por su propia declaración, bien por las circunstancias del caso, que el empresario no va a estar en

condiciones de verificar el suministro, y ningún sentido puede tener el que se le concedan plazos adicionales, en detrimento del consumidor, ante una situación que cabe dar por definitiva.

En ambos casos, el consumidor no tiene obligación de esperar a ver si se completa o no el suministro en el segundo intento concedido al empresario. Ante la resolución del contrato, tanto en el caso del apartado 1 como en los del apartado 2, se ven las partes abocadas al cumplimiento de las respectivas obligaciones previstas en los artículos 16 y 17, como señala el apartado 3 de este artículo, considerando que corresponderá al consumidor acreditar que concurren las condiciones que le permiten invocar la mencionada resolución del contrato.

Asimismo, deberá comunicar su decisión al empresario, por exigirlo así el artículo 15 DCSD, si bien Fervers (2020:235) entiende que, en los supuestos de imposibilidad de suministro previstos en este artículo 13, los EEMM tienen la opción de imponer la declaración sobre la terminación del contrato o no, existiendo la posibilidad, en estos supuestos en que el suministro haya devenido imposible, de no exigirse tal declaración de terminación contractual. Sin embargo, como el mismo autor reconoce, esta imposibilidad solo estará claramente establecida en caso de declaración del empresario, dado que en el supuesto de que resulte "claramente" de las circunstancias del caso, la apreciación subjetiva de las mismas puede diferir en ambas partes del contrato, dado que el precepto no impone una deducción "objetiva" de tales circunstancias del caso, que pueden en consecuencia constituir más bien una apreciación por parte del consumidor.

Todo ello, unido a otras diferencias respecto a la DCL , por ejemplo el que el consumidor no tenga reconocida la posibilidad de suspender el cumplimiento de sus obligaciones (en lo que sería una aplicación específica de la excepción *non adimpleti contractus* que si se recogía en normas previas del Derecho de consumo de la UE), o en relación con la no previsión específica de la responsabilidad del empresario por otros daños derivados de su incumplimiento (que cabe entender le pueden ser en todo caso reclamados conforme al derecho nacional), abren más posibilidades de expansión a las legislaciones nacionales, complicando una vez más la armonización regulatoria de estos contratos.

3.- Consecuencias de la no conformidad.

A) Consideraciones preliminares

El sistema de medidas de reacción en caso de no conformidad sigue inicialmente el esquema de artículo 13 DCSD que se acaba de examinar, con una primera instancia en que el consumidor pueden pedir que los contenidos o servicios "sean puestos en conformidad" (apartado 2), un segundo momento en que el empresario debe proceder a dicha puesta en conformidad (apartado 3), y una tercera fase de medidas para el caso de que dicha puesta en conformidad no sea posible o se haya incumplido que aboca a que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato o una reducción proporcional del precio (apartado 4).

Esta ordenación jerárquica de remedios es reseñada por Fauvarque-Cosson (2016:8), que destaca, en un informe encargado por la Comisión JURI del Parlamento Europeo con ocasión de un seminario sobre la misma, que la resolución y la reducción en el precio son medidas aplicables en un segundo momento y en defecto de la posibilidad de llevar los contenidos o servicios digitales suministrados a una situación de conformidad. Señalaba que ello reflejaba la preocupación de la Comisión por equilibrar los derechos del consumidor con los intereses del empresario[41].

Milà Rafel (2024:596) aclara que el artículo 14 DCSD reconoce al consumidor tres remedios distintos: la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato, dando además la DCSD libertad a los EEMM para que agregar otros dos posibles remedios ante esa situación de no conformidad: la indemnización por daños y perjuicios y la suspensión del pago del precio, total o parcial, hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios en

[41] "The two-step remedy system reflects the concern of the Commission: the extensive rights the directive provides to the consumer should be balanced with the interests of the supplier who should be given a second chance to properly perform the contract before consumer is given the right to terminate the contract or claim for price reduction". Fauvarque-Cosson (2016:8)

conformidad, remedios estos últimos que, al ser de carácter dispositivo para los EEMM, no son armonizados por la DCSD.

Por otro lado, el sistema de medidas de reparación establecido en la DCSD se describe por Gsell (2020:244), desde el punto de vista del empresario, como un "derecho general al saneamiento ante la situación de no conformidad" que no afecta a su derecho al pago del precio pactado. Destaca, sobre la opción elegida ante la no conformidad, que la DCSD no contemple la exclusión o posible aplicación simultánea de dichas medidas, al modo en que lo hacía el artículo 106, apartado 6, de la propuesta de Reglamento CESL[42].

Una diferencia significativa que presenta la DCSD frente a la propuesta inicial de la Comisión en relación con el precepto sobre medidas de reparación ante la no conformidad, es que la propuesta restringía la posibilidad de resolución del contrato por el consumidor a los casos en que la falta de conformidad impidiese su "funcionalidad, interoperabilidad u otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad".

Frente a ello, el actual apartado 6 prevé, en los contratos de suministro a cambio de un precio, que el consumidor pueda acudir a la resolución del contrato en todos los casos en que la falta de conformidad no sea leve. Ello rebaja el nivel de exigencia para el consumidor, pero se aparta más que la propuesta inicial de la opción favorable a la conservación del contrato entre las partes (según el principio *favor contractus*, que siempre propicia una interpretación más flexible de las obligaciones de las partes[43]). Este supuesto del incumplimiento menor se contenía también en el artículo 114, apartado 2, de la propuesta de Reglamento CESL, donde

[42] Bajo la rúbrica "Enumeración de los remedies del comprador", el apartado primero del artículo 106 de la propuesta de Reglamento CESL, en una enumeración significativamente más sistemática y completa que la de la DCSD, establecía como tales la exigencia de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones de pago por el comprador, la resolución del contrato, la reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios, cerrándose tal relación con un apartado 6 que establecía "Los remedios que no sean incompatibles podrán acumularse"

[43] "The idea of *favor contractus* suggests a more flexible understanding of contractual bonds. To favour the contract means to keep the parties communicating over their common grounds. A contract is no straitjacket, but a vivid relation between living parties". Keller (2008:266).

se concedía el derecho del consumidor a resolver el contrato ante un caso de no conformidad salvo que esta fuese "insignificante".

El régimen de reacción ante la no conformidad en la DCSD presenta una particularidad respecto al recogido en la DCL[44] (artículo 12), y también frente al de la propia Directiva 1999/44/CE (artículo 5, apartado 2), en relación con la posible obligación del consumidor de comunicar al empresario la no conformidad. En estas dos últimas normas se menciona expresamente la posibilidad de los EEMM de establecer en sus legislaciones nacionales el requisito de que el consumidor informe al empresario de la falta de conformidad, como requisito previo para poder ejercer sus derechos. Además, el considerando 11 DCSD viene a prohibir expresamente a los EEMM que introduzcan requisitos adicionales, sean formales o sustantivos. Gsell y Araldi (2020:492) consideran que esta diferencia, aunque "históricamente comprensible", no encuentra hoy una justificación clara.

Debe reiterarse, en estos párrafos introductorios, la advertencia de la aplicación del régimen de la Directiva 2011/83/UE, en lo que respecta a contenidos y servicios digitales incorporados a bienes materiales que constituyan su suporte, así como del régimen de la DCL a aquellos contenidos o servicios digítales incorporados a los bienes, o interconectados con ellos, que se rijan por las normas que para el contrato de compraventa establece dicha DCL. Ello supone, como apunta Gsell (2020:246), que el régimen de remedios ante supuestos de no conformidad se encuentra dividido para los contratos paquete que integren prestaciones consistentes en el suministro de contenidos o servicios digitales, junto a otras que

[44] Sobre el régimen de resolución en la DCL, y un estudio sobre la evolución legislativa en el Derecho de consumidores de la UE de las causas, graves o leves, que la pueden propiciar, véase Izquierdo Grau (2024:235-237). Este autor, en relación con el principio *favor contractus* en la DCL y la configuración del régimen de resolución del contrato por el consumidor, señala: "De todo lo expuesto hasta aquí puede decirse que cuando el consumidor es privado del uso normal del bien objeto de la compraventa, bien porque el vendedor lo ha entregado no estando conforme con el contrato, o bien cualquier otro incumplimiento del vendedor que frustre el interés del consumidor, podrá legitimar al consumidor para exigir la resolución de la compraventa, de conformidad con los artículos 13.4 y 16 DCCB. No obstante hay que partir de la base de que la DCCB sigue protegiendo el mantenimiento del vínculo contractual y el interés del vendedor de subsanar la falta de conformidad (*right to cure*). Sólo en el supuesto en que la falta de conformidad no pueda ser subsanada (art. 13. 4 b) DCCB) o cuando fuese de tal entidad que legitime directamente a la resolución contractual (art. 13. 4 c) DCCB procederá la resolución del contrato, siempre que la falta de conformidad no sea leve, en cuyo caso no será posible la resolución (art. 13. 5 DCCB)".

afecten a otro tipo de servicios o bienes, a los que la DCSD sólo se aplica a los primeros.

B) Las medidas previstas en el artículo 14

i. El carácter dispositivo u obligatorio para el consumidor de la solicitud de puesta en conformidad

El apartado 1 del artículo 14 DCSD es en principio análogo al apartado 1 del artículo 13 DCSD, de forma que, como declaración general ante un supuesto de no conformidad (que debemos entender integra todos los supuestos de los artículos 7 a 10 DCSD), el consumidor tiene derecho a exigir la puesta en conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados, salvo cuando ello resulte imposible o implique costes desproporcionados. Se da así prioridad, al igual que el artículo 13, a la solución de intentar en primera instancia un cumplimiento conforme.

Para determinar el ámbito de aplicación de los casos de no conformidad cubiertos por el precepto, nos remitimos a lo ya dicho en relación sobre todo con los artículos 7 y 8 DCSD. Baste ahora recordar que, entre estos supuestos de no conformidad, se incluyen deficiencias cuantitativas o cualitativas en el contenido o servicio suministrado, los casos de falta de información o suministro de las actualizaciones pactadas o que sea razonable esperar por el consumidor, o, en los casos de suministro prolongado en el tiempo, casos de interrupción en el suministro, siempre que en este caso sean de larga duración o, como señala el considerando 51 DCSD, aun tratándose de una interrupción "a corto plazo" (sic), dichas interrupciones sean notables o recurrentes. Gsell (2020:247) entiende que también las interrupciones en el suministro prolongadas deben ser consideradas supuestos de no conformidad (en lugar de casos de ausencia de suministro), dada el ámbito mucho más amplio y expansivo que presenta en la DCSD la regulación del primer supuesto por comparación con el segundo.

Nos remitimos también a lo ya dicho en relación con el artículo 11 en cuanto a los plazos en que debe aparecer la no conformidad para que nazca la responsabilidad del empresario, que en general (y fuera de los casos de suministros durante períodos de tiempo), no pueden ser inferiores a dos años desde el momento del suministro, sin perjuicio de lo que regulen las legislaciones nacionales a partir de dicho periodo para extender más allá de esos dos años, o no, la responsabilidad del empresario.

El apartado 2 del artículo 14 regula el derecho de consumidor a exigir la puesta en conformidad de los contenidos, a la que tendrá derecho y vendrá obligado el empresario, como remedio primero y, cabe entender, preferible para las partes. Debe atenderse a la redacción de este precepto, donde esta reclamación de la puesta en conformidad se presenta, parece, como una mera opción para el consumidor, al afirmarse que este "tiene derecho" a exigirla[45]. Puede en consecuencia entender que está también en su derecho el renunciar a esa exigencia en favor de otras posibles medidas, como la resolución o la reducción del precio. Sin embargo, la sistemática del artículo, y la redacción del apartado 4, inclinan más a considerar que no estamos ante una simple opción, sino ante una medida o derecho que el consumidor debe ejercitar.

En este sentido se pronuncia también Milà Rafel (2024:600), que citando a Zoll entiende que los remedios establecidos por la DCSD siguen una jerarquía, que constituye uno de los instrumentos principales para equilibrar los intereses de empresarios y consumidores ante la falta de conformidad, de modo que se ofrece, en interés del empresario, una segunda oportunidad para cumplir de manera conforme, antes de poder acudir a la resolución o reducción del precio. En el mismo sentido, García Ripoll Montijano (2023:6-7), quien señala que los tres remedios principales examinados (cumplimiento forzoso, disminución del precio y la resolución) no se han establecido de forma alternativa sino jerárquicamente, de modo que primero debe acudirse al cumplimiento forzoso (el *right to cure* en terminología anglosajona, el derecho a reparar que se concede al suministrador), y

[45] Las versiones francesa ("Le consommateur est en droit d'obtenir la mise en conformité…") e inglés a ("The consumer shall be entitled to have the digital content or digital service brought into conformity…") de este artículo 14 DSCD, apartado 2, llevarían a la misma conclusión.

sólo si este fracasa –y salvo casos en que sea evidente la imposibilidad de que este tenga lugar-, se podrá optar por la disminución del precio o la resolución.

Por su parte Mak (2016:24) pese a mostrarse crítica con la jerarquía de remedios, aunque reconoce que como solución aporta ahorros en los costes de transacción, aporta soluciones conocidas al seguir el esquema de la previa Directiva 1999/44/CE, y resulta particularmente conveniente en los casos de contratos mixtos que combinan prestaciones de la compraventa de bienes y de la prestación de contenidos y servicios digitales.

Este criterio es además conforme con la jurisprudencia del TJUE, que al interpretar la Directiva 1999/43/CE, ha señalado que "la resolución del contrato, que constituye el remedio jurídico más radical de que dispone el consumidor, solo puede solicitarse si la falta de conformidad es de suficiente importancia"[46]. También, y ya en referencia a la DCSD, es la tesis que sostiene Gsell (2020:243), entendiendo que la regla general ante la no conformidad que ofrece este artículo 14 DCSD es el arreglo de la deficiencia por el empresario, permitiendo acudir a la resolución contractual o reducción de precio solo bajo condiciones restrictivas, fundamentalmente el que el empresario no haya puesto los suministros en conformidad en plazo, no tenga capacidad para hacerlo, o le suponga un coste desproporcionado.

ii. Condiciones de la puesta en conformidad por el empresario

La puesta en conformidad por parte del empresario prevista en el apartado 2, debe verificarse en las condiciones de tiempo fijadas en el apartado tercero, que obliga a aquel a dicha puesta en conformidad "en un período razonable de tiempo" a partir del momento en que el consumidor le haya informado sobre la falta de conformidad.

[46] Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Porsche Inter Auto y Volkswagen*, C-145/20, ECLI:EU:C:2022:57, apdo. 94, y jurisprudencia citada.

Milà Rafel (2024:622), a la vista del considerando 55 de la DCL, entiende que el plazo razonable equivale al plazo más breve posible para verificar la puesta en conformidad, que habrá de determinarse de manera objetiva en consideración a la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la complejidad del producto digital adquirido.

Sobre la comunicación que el consumidor debe hacer al empresario, poniendo en su conocimiento la falta de conformidad, y que constituye en este caso su única obligación de actuar, nada se indica en cuanto a su forma o contenido. Expresamente el considerando 11 DCSD *in fine* prohíbe a los EEMM el que impongan al consumidor un plazo determinado para efectuar la comunicación al empresario de toda falta de conformidad.

El tratamiento en cuanto al plazo para la subsanación es más favorable al empresario que en el supuesto de falta de suministro del artículo 13, lógicamente por cuanto estamos ante una situación donde ya ha habido un cumplimiento –aunque deficiente-, de las obligaciones que le incumben contractualmente. Si es relevante, e implicará la necesidad de su consideración en caso de que el empresario no alcance a resolver la puesta en conformidad en el plazo que el consumidor considere razonable, el que dicho plazo deberá ser adecuado a la vista de la naturaleza de los contenidos o servicios, y la finalidad que los mismos tuvieran para el consumidor. Nada más añade al respecto este apartado 3, debiendo en consecuencia especular que procederá ser más exigente en cuanto al plazo en el caso de que el consumidor haya adquirido los contenidos o servicios digitales para una finalidad no meramente de ocio o esparcimiento, o por ejemplo, que el suministro se verifique a través de una conexión a la red por parte del consumidor con un ancho de banda limitado; son múltiples las circunstancias que pueden imaginarse, desde un punto teórico, que pueden ser relevantes a la hora de establecer el plazo que estamos considerando.

Al respecto, la doctrina indica que, normalmente, el consumidor no viene obligado a tolerar una dilación del plazo para la puesta en conformidad de semanas o meses, principalmente en los casos de contratos con un período de vigencia corto, o cuando se haya contratado el contenido para disfrutarlo en un momento

determinado (como pueda ser el caso de una retransmisión en directo que tiene un día y hora prefijados) (Gsell, Araldi. 2020:249). Sobre el plazo, también aparece una diferencia respecto de las medidas del artículo 13 DCSD en el hecho de no preverse expresamente que las partes puedan establecerlo de común acuerdo, si bien esta posibilidad si viene recogida en el considerando 64 DCSD.

Asimismo, el apartado 3 exige que la puesta en conformidad por parte del empresario no suponga cargo alguno para el consumidor (económico o de otro tipo, debe entenderse; el considerando 64 pone el ejemplo de costes asociados "al desarrollo de una actualización de los contenidos o servicios digitales), y no le cause mayores inconvenientes. Milà Rafel (2024:625) trae a colación el debate sobre si la gratuidad incluye los costes de conexión a la red cuando, tras la puesta en conformidad, el consumidor viene obligados a descargarse de nuevo el contenido digital, con un posible aumento de costes por el consumo adicional de datos. Quizá este debate haya perdido actualidad en un momento en que las tarifas planas en los servicios de conexión a Internet son la regla general entre los consumidores de la UE.

Se deja no obstante al empresario el que determine el medio para alcanzar ese objetivo de puesta en conformidad, bien sustituyendo los contenidos o servicios inicialmente suministrados, facilitando una nueva copia de los mismos, o bien proporcionando actualizaciones que resuelvan la deficiencia advertida, todo ello como confirma el considerando 63 DCSD, justificándolo en la diversidad de características técnicas que pueden presentar los contenidos o servicios digitales.

En relación con la cuestión de los costes asociados a la puesta en conformidad, e incluso a la eventualidad de que la misma haya podido suponer un enriquecimiento para el consumidor –por ser de mayor valor los contenidos o servicios tras la puesta en conformidad, que los inicialmente convenidos-, la jurisprudencia del TJUE dejó claro en la sentencia dictada en 2008 en el asunto *Quelle*, que ninguna reclamación cabría hacer en tal caso al consumidor, ni ello puede suponer que se le pretenda imponer que asuma algún coste derivado del

proceso de puesta en conformidad[47]. También resulta de interés recordar cómo el TJUE tuvo ya ocasión de afirmar, en referencia al artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, el carácter esencia que para la protección del consumidor tiene esta exigencia de que la puesta en conformidad sea sin coste para el consumidor[48].

iii. Exoneración al consumidor de solicitar la puesta en conformidad

El apartado 2 del artículo 14 establece dos casos en que el consumidor no viene obligado a permitir la puesta en conformidad: que la misma resulte imposible o que suponga al empresario costes desproporcionados, atendiendo al valor de los contenidos o servicios digitales de no haber existido la falta de conformidad, o la relevancia de la falta de conformidad.

Sobre el primer supuesto, imposibilidad, habrá de entenderla ordinariamente referida a aspectos técnicos del contenido o servicio suministrado, si bien también quedan incluidos supuesto de imposibilidad debidas a causas de naturaleza jurídica, como viene a ratificar el considerando 65 (sin ofrecer ejemplo alguno al respecto). Gsell (2020:252) apunta también a la conveniencia de diferenciar una imposibilidad subjetiva (el empresario no puede resolver la no conformidad con sus medios y conocimientos) y objetiva (no es posible en ningún

[47] "En el supuesto de que el vendedor entregue un bien no conforme, no cumple correctamente la obligación a la que se había obligado en el contrato de venta y debe, por lo tanto, asumir las consecuencias de dicha ejecución errónea del mismo. Al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio". Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2008, *Quelle*, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, apdo. 41.

[48] "El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de señalar que tanto del tenor literal del artículo 3 de la Directiva como, por lo demás, de los trabajos preparatorios pertinentes de ésta, se desprende que fue voluntad del legislador de la Unión hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor. Tal obligación de gratuidad de la puesta en conformidad del bien que incumbe al vendedor, sea en forma de reparación o de sustitución del bien no conforme, tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección". Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2011, *Gebr. Weber y Putz,* C- 65/09 y C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, apdo. 46 y jurisprudencia citada.

caso, y por ningún profesional, resolverla), conectando la de carácter subjetivo a una incapacidad financiera, que aboca al otro supuesto previsto en el aparatado dos para que la puesta en conformidad no sea exigible al empresario: que la misma le suponga unos costes desproporcionados. Tiene sentido ya que, en otro caso, siempre se podría recurrir a otros profesionales con mayores medios o conocimientos, que resolviesen, a costa del empresario, la no conformidad. Ripoll Montijano (2023:223) también apunta a que la imposibilidad puede ser jurídica o de hecho, pero en todo caso debe ser absoluta, y sin relación con las dificultades que le pueda comportar al empresario. Todo ello, en caso de controversia entre las partes, deberá ser debidamente acreditado y justificado, en apoyo de sus respectivas justificaciones ofrecidas por las partes del contrato.

Sobre el segundo caso, la desproporción de costes para el empresario, García Ripoll Montijano (2023:229) señala que este es un criterio de relación, pero que el legislador de la UE no ha señalado cual es el término de comparación para poder establecer la existencia de desproporción, y entiende que esta falta de claridad obedece a que en la Directiva 1999/44/CE (artículo 3, apartado 3, segundo inciso), así como en la DCL (art. 13, apartado 2) se regula la desproporción en función de la relación de costes entre reparación y sustitución, mientras que en la DCSD, en que no se ha recogido esta dualidad, la desproporción se ha quedado sin punto de referencia. Ante ello, y atendiendo al artículo 14, apartado segundo, DCSD, entiende que la desproporción debe establecerse atendiendo al valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no se hubiese producido la falta de conformidad: si el coste de reinstaurar la conformidad es notablemente superior al valor del contenido o servicio suministrado de conformidad, concurrirá el coste desproporcionado y no habrá derecho a la puesta en conformidad. A ello debe añadirse que debe estarse también a las circunstancias del caso y los particulares intereses que pueda tener el consumidor.

En cualquier caso, y como también reseña Gsell (2020:254), se omite en la DCSD la mención, a la hora de establecer la posible desproporción, que para ello se atienda al conste de otras medidas reparadoras, que sí contiene el artículo 13 DCL, apartado 2, y el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 1999/44/CE mientras estuvo vigente.

La relevancia del necesario equilibrio de costes en los contratos de consumo ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia del TJUE en relación con la Directiva 1999/44/CE, señalando por ejemplo en la sentencia dictada en el asunto *Porsche Inter Auto y Volkswagen* (C-145/20), que las consideraciones de carácter económico alegadas por el empresario deben ser tenidas en cuenta al establecer un justo equilibrio entre los intereses del consumidor y del empresario[49].

Gsell (2020:253) lo apunta igualmente en relación a la sentencia también dictada por el TJUE en el asunto C-65/09[50], asimismo en relación con el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, donde se subrayó que su objetivo era el de proteger los intereses financieros del consumidor y asegurar un equilibrio justo con los intereses del consumidor puede ser también considerado al interpretar el apartado 2 del artículo 14 DCSD, que en este punto sigue el modelo d la reiterada Directiva 1999/44/CE, y el de la DCL (artículo 13, apartados 2 y 3).

iv. El segundo nivel de medidas correctoras por falta de conformidad

Habiéndonos ya referido al apartado 3, abordamos ahora el apartado 4 del artículo 14 DCSD, que regula la medida consistente en la reclamación por el consumidor de una reducción proporcionada del precio, cuando el contrato tenga prevista dicha contraprestación, o bien la resolución del contrato si, conforme al apartado 6 del artículo, la causa de no conformidad no puede considerarse leve, y concurren alguno de los 5 supuestos siguientes: a) imposibilidad de aplicar la medida correctora o que suponga costes desproporcionados; b) incumplimiento por el empresario de la puesta en conformidad de los contenidos disconformes cuando

[49] Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Porsche Inter Auto y Volkswagen*, C-145/20, ECLI:EU:C:2022:57, apdo. 93, y jurisprudencia citada.

[50] Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Weber/*Putz, asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09, , ECLI:EU:C:2011:396, apdo. 58: "Con todo, los intereses económicos del vendedor están protegidos no sólo por el plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva y por la posibilidad que se le reconoce en el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, de ésta de negarse a sustituir el bien en el caso de que dicha forma de saneamiento resulte desproporcionada por imponerle costes que no sean razonables (véase la sentencia *Quelle*, antes citada, apartado 42) […]"*.*,

haya sido requerido para ello conforme a este mismo artículo; c) subsistencia de la falta de conformidad pese a los intentos del empresario de corregirla; d) que la falta de conformidad sea de significativa gravedad; y d) que por una declaración expresa del empresario sea claro que este no pondrá los contenidos disconformes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

Estos cinco supuestos abren directamente al segundo nivel de medidas correctoras indicado, por cuanto en todas ellas, y por las distintas razones indicadas, resulta claro que no tiene sentido dar al empresario la oportunidad de intentar la puesta en conformidad, si bien en dos de ellos (apartados b) y c)) sí ha de haberse intentado.

Cabe entender (Gsell. 2020:257) que al menos en los supuestos del apartado a) (puesta en conformidad imposible o desproporcionada) y d) (no conformidad de importante gravedad), el consumidor no tendría que esperar para acceder a la reducción parcial del precio, si bien en el primero de los supuestos, y en virtud del apartado 6 de este artículo 14, debe atenderse también a la exigencia de que la no conformidad no sea leve.

Sobre el supuesto del apartado c) (subsistencia de la falta de conformidad pese a los intentos del empresario de solucionarla), dada la referencia que se hace en esta letra a los requisitos del apartado 3 (según hemos visto, que no haya cargos adicionales y no se generen inconvenientes mayores al consumidor), se ha planteado si en el caso en que el empresario haya conseguido la puesta en conformidad pero haya causado inconvenientes al consumidor, puede este acceder a la reducción de precio, apuntando a dicha posibilidad por ejemplo cuando, atendiendo a las características del inconveniente causado, este fuese persistente y afectas a la confianza en el empresario (Gsell. 2020:259). Esta autora propugna en este último caso una interpretación restrictiva del artículo 14 si la conformidad ha sido reestablecida. Puede compartirse esta interpretación, siguiendo el principio *favor contractus* a que ya hemos hecho referencia, si bien esta opción podría cuestionarse en aquellos casos en que, *prima facie,* resulta evidente que la actuación para la puesta en conformidad generará inconvenientes importantes (que *per se*

entendemos serán persistentes) o cargos adicionales al consumidor. No obstante, la utilización del tiempo presente en la redacción de esta letra c) ("el empresario no ha puesto…") parece exigir, en todo caso, que se haya permitido la intervención del empresario.

Se apunta también el carácter redundante del supuesto del apartado c) (subsistencia de la no conformidad pese a los intentos del empresario por resolverla), ya que estaría subsumida en el caso de la letra b) (lo cual explicaría que ese apartado c) no se recogiese en el artículo 12 de la propuesta original de DCSD presentada por la Comisión).

Nada apunta la DCSD en cuanto al lugar donde debe verificarse la puesta en conformidad de lo suministrado por parte del empresario, cuestión que plantea los posibles costes de transporte, envío o expedición de, por ejemplo, el hardware del consumidor donde se hayan instalado los contenidos suministrados, o del bien corporal que los contenga. La cuestión debe por tanto regirse por lo que al respecto establezcan las legislaciones nacionales.

Finalmente, y en cuanto al supuesto de la letra e), que se funda en una declaración del empresario o en la apreciación de las circunstancias, su aplicación no podrá ser, pese a lo que parece dar a entender la redacción, automática, sino que requerirá un previo diagnóstico, que en el caso de apreciación a la vista de las circunstancias del caso, no parece aconsejable sea exclusivamente una apreciación subjetiva del consumidor, sino que convenga sea hecha por un "razonable observador" (Gsell. 2020:262) o incluso, idealmente, por un perito experto en la materia, a fin de asegurar que una ulterior acción judicial pueda prosperar.

Sobre el nivel de gravedad de la falta de conformidad que puede determinar la inmediata reducción de precio, según el apartado d), (supuesto que tampoco se contemplaba en la propuesta de DCSD de la Comisión), Gsell (2020:260) apunta a que dicha referencia remite al artículo 25 de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercaderías (cabe entender que a la mención de que una parte cause a la otra "un perjuicio tal").

El considerando 65 DCSD ofrece como ejemplo de aplicación de esta previsión el que se haya contratado un programa (software) antivirus, que se encuentre a su vez infectado por un virus, lo que lleva a la autora citada a considerar que el supuesto está relacionado con supuestos de falta de confianza en el empresario (Gsell. 2020:261). Sin embargo, nada en la redacción del apartado d), ni en el citado considerando 65, conduce necesariamente a esa vinculación con una pérdida de confianza o conducta reprobable del empresario, antes al contrario, la redacción es puramente objetiva, y quizá debe relacionarse más, como apunta Fauvarque-Cosson (2016:11), a casos donde la no conformidad afecte o impida la principal funcionalidad de los contenidos o servicios suministrados, elemento al que aludía el considerando 37 de la propuesta de DCSD presentada por la Comisión[51]. Gsell (2020:265) apunta sin embardo a la dificultad que este enfoque plantea a la hora de determinar cuál sea la principal funcionalidad, especialmente en aquellos casos en que el contrato no ofrece suficientes indicaciones para establecer una jerarquía entre las diversas prestaciones previstas en relación con el contenido o servicio digital.

v. La reducción del precio

La aplicación de la medida reparadora consistente en la reducción del precio debe verificarse conforme a las indicaciones contenidas en el apartado 5 de este mismo artículo, que impone que la misma será en proporción a la disminución de valor que los contenidos o servicios digitales suministrados hayan experimentado por la no conformidad, con respecto al valor que tendrían si fuesen conformes. En todo caso, la aplicación de este resarcimiento está, lógicamente, limitado a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de un precio

[51] "El derecho de un consumidor a resolver el contrato debe limitarse a aquellos casos en los que, por ejemplo, no sea posible poner los contenidos digitales en conformidad y la no conformidad afecte a sus características principales de funcionamiento". Considerando 37 propuesta DCSD. Documento COM(2015) 634 final.

(lo que remite a la definición del artículo 2 DCSD)[52], y aboca en el resto de contratos, ante los casos de no puesta en conformidad, a la resolución del contrato, que incluso, como cabe interpretar de la literalidad del considerando 67 DCSD, puede aplicarse incluso en los casos menores de no conformidad, y tendrá consecuencias particulares, como veremos, en relación con el destino de los datos personales que se hayan proporcionado como contraprestación.

El segundo párrafo de este apartado 5 contiene una regla especial para los casos de suministro extendidos en el tiempo, señalando que la reducción se aplicará a período de tiempo durante el cual los contenidos no hayan sido conformes.

Este procedimiento para calcular la reducción del precio que procede aplicar debe hacerse en dos fases, una primera en que se calcule la ratio entre el valor de la no conformidad del contenido o servicio digital suministrado por el empresario y su hipotético valor en caso de plena conformidad; en un segundo momento, el precio acordado entre las partes debe ser reducido aplicando dicha ratio, es decir, proporcionalmente. Se trata con ello de mantener el equilibrio entre el valor de la prestación verificada por el empresario y la contraprestación abonada por el consumidor, y deja claro que esta medida restaurativa de reducción del precio no está orientada a una compensación de daños, sino más bien "a adaptar el equilibrio contractual subjetivo a la realidad de un cumplimiento defectuoso" como señala Gsell (2020: 263). La misma autora propone, en cuanto al momento para efectuar este cálculo y ante el silencio de la DCSD, que debe atenderse al valor que las prestaciones no en el momento de la conclusión del contrato, sino en el de su respectivo cumplimiento.

En cuanto a la forma de aplicar la reducción de precio en los contratos de suministro prolongado en el tiempo, debe considerarse el supuesto en que, pese a que la interrupción del suministro únicamente haya sido parcial, exista una razón objetiva por la que no interese al consumidor recibir un suministro conforme únicamente por el tiempo restante. Se plantea en tales casos una interpretación restrictiva el apartado 5, segundo párrafo, de este artículo 14 DCSD, conforme a la

[52] "Precio: el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales". Artículo 2 DCSD, número 7).

cual el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato en lugar de una reducción del precio, lo que en ningún caso redundará en un enriquecimiento injusto en su favor (Gsell. 2020:263).

Nada se dice en este artículo 14 sobre la forma de hacer efectivo el ejercicio el derecho a la reducción proporcional del precio para el consumidor. No se menciona en tales casos la exigencia de una comunicación expresa al consumidor que sí se contempla para la resolución, si bien, como señala Gsell (2020:264), dado que esta medida no es automática (ya que está sometida a determinados requisitos, como hemos visto, y además se presenta como alternativa a la resolución), parece indefectible que dicha comunicación deba existir, entendiendo que el requisito del artículo 15 es igualmente aplicable a esta medida de reducción del precio.

Finalmente, la última medida reparadora contemplada en este artículo es la resolución del contrato, que el apartado 4 del artículo presenta como alternativa a la reducción proporcional del precio, pero siempre conforme al apartado 6 del mismo artículo, que como hemos visto viene a limitar dicha posibilidad de resolución a los contratos pactados a cambio de un precio y en los que la falta de conformidad no pueda considerarse leve. Se añade en este último inciso del artículo la regla de que la carga de la prueba sobre el carácter leve de la falta de conformidad recae sobre el empresario, por lo que, en principio, al consumidor le basta ejercer este derecho mediante la declaración expresa dirigida al empresario, haciéndole saber su decisión de optar por la resolución.

La opción por excluir de la posible resolución los casos de no conformidad leves fue ya apuntada al inicio de la negociación de la propuesta por Fauvarque-Cosson (2016:12), como una forma de evitar el riesgo de abuso por parte de los consumidores a la hora de acudir a la resolución del contrato, que podría haber generado por parte de la industria la adopción de medidas preventivas de tales abusos, más perjudiciales a la postre para los consumidores[53].

[53] "The easier it is to terminate, the greater the abuses. There is a risk that the industry develops the practice of blacklisting consumers; if you have terminated once, you may find yourself on a black list and have more difficulties to access some goods or services. The best way to fight this risk is to make sure that the supplier, who has the burden of proof, knows that this burden is alleviated by the fact that his obligations do not extend to any minor non-conformity". Fauvarque-Cosson (2016:12).

En cuanto a la forma de determinación de lo que constituya una falta de conformidad leve, Gsell (2020:265) afirma que debe atenderse al propósito y términos del contrato, atendiendo en particular a si el consumidor ha expresado con claridad, en el momento de concluir el contrato, que cierta funcionalidad es importante para él. Incluso cuando el contrato no recoja dicha manifestación y no haya sido comunicada, tal consideración del consumidor debe ser irrelevante a efectos de determinar el carácter menor o no de la deficiencia considerada (atendiendo además a la dificultad de que el contrato la pueda reflejar, en un contexto de contratación en masa y a distancia propio de la contratación de contenidos y servicios digitales). Debe considerarse que siempre hay aspectos que resultan particularmente relevantes para el consumidor, como la duración del suministro.

vi. La indemnización de daños y perjuicios y la retención del pago como medidas no previstas expresamente

Hay que insistir en que la DCSD no contiene disposiciones relativas a la indemnización de los posibles daños que la falta de conformidad haya podido causar al consumidor, cuestión esta que no entra en el ámbito regulatorio de la DCSD y debe en consecuencia regirse por la normativa nacional correspondiente.

Al respecto, Gsell (2020:271) apunta como cuestión interesante, el alcance o limitaciones que pueden resultar de la DCSD respecto a los sistemas de resarcimiento de daños establecidos en las legislaciones nacionales, señalando al respecto que en ningún caso los EEMM pueden, por esta vía, modificar el régimen de reacción del consumidor ante la no conformidad que establece la DCSD (por ejemplo, concediendo un derecho inmediato a la resolución de contrato), aunque sí podrán anudar a la falta de conformidad otras consecuencias distintas de las previstas en la Directiva a través de la compensación de daños y perjuicios que indirectamente puedan ampliar su alcance, por ejemplo imponiendo una reparación pecuniaria que compense, en los casos en que el consumidor no pudo resolver

directamente el contrato, el tiempo de espera que llevó al empresario poner los contenidos en conformidad.

No contiene la DCSD tampoco una disposición como la establecida en el artículo 13 DCL, apartado 7, que permite al consumidor retener el pago de cualquier parte pendiente del precio inicialmente pactado hasta que el consumidor no haya cumplido su obligación de puesta en conformidad, remitiendo a las legislaciones de los EEMM la regulación de este supuesto y sus modalidades. Gsell (2020:271) reseña que esta última remisión, unida al hecho de que la DCSD no contenga una disposición semejante, abre otra brecha innecesaria en la uniformidad del Derecho de contratos europeo. Por nuestra parte, añadiremos que, aunque no sea una previsión, *ex ante*, sí propicia un efecto similar la previsión contenida en el artículo 17 DCSD, apartado 3, que al regular los efectos de la resolución del contrato establece que al consumidor no se le podrá reclamar "ningún pago por el uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato, durante el cual o los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes".

Recuerda Milà Rafel (2024:597) que tampoco la Directiva 1999/44/CE contemplaba expresamente estas dos medidas, si bien su artículo 8, apartado 1, las salvaguardaba cuando afirmaba que la Directiva no afectaba a otros derechos del consumidor frente al empresario conforme a las normas nacionales sobre responsabilidad contractual o extracontractual. Por el contrario, la propuesta de Reglamento CESL sí contemplaba incluir estos dos remedios entre los que se proponían en favor del comprador en el listado recogido en su artículo 106, apartado 1, refiriéndose además de manera expresa a cada uno de ellos en los artículos 113 y 16 de la propuesta.

En todo caso, el considerando 73 DCSD se refiere expresamente al principio de responsabilidad del empresario por daños y perjuicios, que debe situar al consumidor en una situación de indemnidad similar a aquella en que se encontraría si los contenidos y servicios digitales se hubiesen suministrado en conformidad. Aclara además que en todos los EEMM existe regulación sobre la indemnización de

daños y perjuicios, razón por la que la DCSD debe entenderse "sin perjuicio" de tales regulaciones nacionales.

vii. La obligación del consumidor de comunicar la resolución del contrato

La obligación del consumidor de comunicar al empresario su decisión de resolver el contrato es objeto del artículo 15 DCSD, que se limita a establecer dicha obligación, en caso de que ejercite su derecho a la resolución por encontrarse en alguno de los casos que hemos visto se lo permite el artículo 13 o 14. Debe así el consumidor comunicárselo de manera expresa al empresario mediante una declaración en que le transmita su decisión al respecto. Se abre con ello la puerta a los efectos que para tal medida se establecen en los artículos siguientes, 16 a 18 DCSD.

Gili Saldaña (2024:758) entiende que esta declaración constituye una condición cuyo incumplimiento impide al consumidor ejercitar el derecho a resolver el contrato, dado que esta medida no opera *ex lege* por la mera concurrencia de uno de los motivos que determinan la posibilidad de acudir a ella.

Milà Rafel (2024:658) apunta que esta obligación es procedente cuando el consumidor opta por resolver el contrato extrajudicialmente, entendiendo a su vez Cámara Lapuente (2016:64) que si el consumidor ejerció su derecho a resolver unilateralmente empleando esta notificación, parece lógico que tenga abierta la vía judicial en caso de rechazo del empresario a admitir sus consecuencias, a fin de obtener confirmación judicial de la resolución producida y obtener la ejecución de sus efectos.

El antecedente inmediato en la regulación de consumidores UE hay que buscarlo en el artículo 11 de la Directiva 1999/44/CE, que ofrecía, en cuanto a la forma de efectuar la declaración, bien la posibilidad de recurrir a un formulario que la propia Directiva proporcionaba, o bien dejaba libertad al comprador para

formular la declaración con sus propias palabras, exigiéndole no obstante que el sentido de la misma fuese inequívoco.

Esta última es la opción elegida por la DCSD en este artículo 15, que no impone ningún requisito de forma o fondo a la declaración del consumidor más allá de que sea expresa y transmita su decisión de resolver. No se requiere por tanto manifestación de la causa o motivo que lleva al consumidor a adoptar la decisión[54], ni referencia a ningún artículo o referencia particular a la DCSD. Sí debe entenderse que la declaración debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para no dejar duda de decisión adoptada por el consumidor[55], y por supuesto, debe contener la información necesaria para que el empresario identifique el contrato al que afecta.

Gili Saldaña (2024:760) al respecto subraya que lo esencial de la declaración, que no debe sujetarse a fórmula alguna determinada, contenga la intención inequívoca del consumidor de resolver el contrato, y lógicamente, incluya la información necesaria para que el empresario pueda identificar el contrato. Para Cámara Lapuente (2016:64), la DCSD permite al consumidor efectuar la comunicación por la vía que le resulte más cómoda, sin que se le exija que la misma conste en un soporte duradero ni que deba hacerse por el mismo cauce por el que contrató el suministro del contenido o servicio digital.

Para que dicha declaración sea efectiva, el consumidor debe asegurarse de su recepción por el empresario, siendo aconsejable que el medio empleado deje constancia acreditable de ello, puesto que tampoco se impone al empresario acusar recibo en forma alguna de dicha recepción. En cuanto al tiempo en que debe realizarse tal declaración, nos remitimos a lo ya dicho sobre los plazos de garantía que la DCSD impone a los derechos nacionales, tanto en los supuestos de suministro

[54] Aunque, como señala algún autor, tal indicación de motivos es esperable que se contenga en la declaración remitida al empresario, y al menos se señale que la misma obedece a la falta de conformidad y una indicación general de la forma en que la misma se ha manifestado (Gsell.2020:275). Sin embargo, la redacción del artículo 15 DCSD es clara y nada señala al respecto, por lo que entendemos que ninguna exigencia al respecto puede hacerse al empresario, ni deben incluir las legislaciones nacionales.

[55] "As the effect of termination is to bring the contract for the digital content/digital service to an end, any clear statement which leaves the trader without any doubt that the consumer no longer wishes to be bound by the contract should suffice. Although the Digital Content Directive itself does not stipulate this, the substance of the statement irrespective of how it is worded, will need to be unequivocal in expressing the consumer's desire to bring the contract to an end". Gsell (2020:274).

en un único acto o actos separados, o en los de suministro durante un período de tiempo.

C) La medida de resolución del contrato

Los efectos de la resolución del contrato son objeto de regulación detallada en los artículos 16, 17 y 18 de la DCSD, incidiendo en las obligaciones de ambas partes, consumidor y empresario en esa situación, y estableciendo el último de ellos determinadas reglas formales aplicables al cumplimiento de este último. Como ya hemos señalado, la regulación de la DCSD sigue, retomando al respecto un principio inspirador tanto de la Convención de NN.UU. sobre compraventa internacional de mercancías, como también reflejado en la Directiva 2011/83/CE y la propuesta de Reglamento CESL.

Al abordar estas consecuencias, no está de más recordar que la resolución es una de las formas anormales de terminación de un contrato por una causa sobrevenida, y que determina su ineficacia. La resolución como forma de terminación se refiere a un contrato celebrado válidamente por las partes, que en principio reúne los requisitos precisados legalmente para establecer un vínculo jurídico y hacer nacer entre ellas determinadas obligaciones previstas y determinadas en el mismo, pero que deviene ineficaz[56].

Las causas pueden ser distintas, o ser objetivamente inexistentes, si la resolución obedece a la iniciativa unilateral de una de las partes, al ejercitar una facultad o derecho expresamente reconocida en el propio contrato o por una disposición legal (cuyo ejercicio normalmente está sometido a condiciones de tiempo y forma). Sin embargo, la causa ordinaria de la resolución del contrato se encuentra en el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le

[56] "[C]abe denominar resolución a toda ineficacia sobrevenida de un contrato, producida por circunstancias que, con tal trascendencia extintiva, pueden aparecer a lo largo de su vida (el contrato se extingue, dejando de producir efectos para el futuro e incluso, salvo los contrato de tracto sucesivo, hacia el pasado)". (Quicios Molina. 2020:1691)

incumben, sentido que es el empleado y previsto en la DCSD ante los casos de no conformidad[57].

Requiere así esta modalidad de ineficacia que es la resolución un acto de incumplimiento por una de las partes, lo que permite distinguirla de otras causas de resolución, como la unilateral ya comentada, o la que se produce por mutuo acuerdo entre las partes del contrato. Como notas destacadas de la resolución, señalar que la misma es una forma de terminación que afecta siempre a obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, que no exige necesariamente la intervención judicial, que tiene carácter optativo para la parte que la ejerce, y que debe distinguirse de una condición resolutoria prevista en el contrato (Faus Pujol. 2024).

No siempre las normas de Derecho de contratos de la UE utilizan propiamente los términos en español en relación con la modalidad de terminación, ineficacia o inexistencia de los contratos, empleándolas con frecuencia de forma impropia[58]. Así, Arroyo Amaruelas, en sus comentarios en 2008 a los trabajos del *Aquis group*, en el contexto de la elaboración, por encargo de la Comisión Europea, del Marco Común de Referencia en el ámbito del Derecho de contratos de la UE, aludía a la utilización en castellano del término "resolución" del contrato cuando la terminación del mismo obedecía a la voluntad de uno de los contratantes (traduciendo así la expresión inglesa *termination of the contract*).

[57] Así, en el CC español se regula específicamente en el artículo 1124 CC, como medio general de reacción para la parte perjudicada de un contrato sinalagmático, eximiéndola de cumplir sus obligaciones hasta que la otra parte de contrato no haya cumplido las suyas: "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible". La sentencia del Tribunal Supremo nº 291/2021, de 11 de Mayo de 2021, ES:TS:2021:1634, señalaba al respecto "La naturaleza de la resolución resultante del ejercicio de la facultad prevista en el art. 1124 del Código Civil es diferente de la que resulta del cumplimiento de una condición resolutoria. En el régimen del art. 1124 Código Civil no existe propiamente un "hecho resolutorio" que determina automáticamente el cumplimiento de una condición y la consiguiente resolución de la obligación condicional. El supuesto de hecho del art. 1124 Código Civil es la existencia de una obligación preexistente derivada de un contrato sinalagmático, que resulta incumplida, y dos remedios distintos que se conceden al contratante cumplidor frente al incumplimiento de esa obligación: exigir el cumplimiento o ejercitar la facultad resolutoria" (F.J. 3º).

[58] "[…] se procura utilizar la expresión neutra «termination [of the Contract]» como consecuencia del incumplimiento de uno de los contratantes. Ello se ha traducido en castellano por «resolución» (art. 1124 CC) y no «rescisión», «revocación» o «desistimiento» que es, por el contrario, una terminología que frecuentemente se mezcla y confunde en las traducciones de los textos comunitarios". Arroyo i Amaruelas (2008:217).

En el caso de la DCSD, siguiendo este criterio que nos parece correcto, aparece adecuadamente utilizado el término "resolución del contrato" para aludir al supuesto en que la norma permite a una de las partes instar su terminación, ante el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones que le incumben. Esto es, ante los supuestos de no conformidad que venimos examinando.

En relación concretamente con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, es interesante la sistematización de las causas de extinción de los mismos que realiza Cámara Lapuente (2020:841), distinguiendo entre causas naturales y patológicas. Entre las primeras incluye la llegada del plazo de terminación en los contratos de duración determinadas, la denuncia de los contratos de duración indefinida, el desistimiento unilateral de consumidor en los plazos permitidos por la Directiva 2011/83/CE y el mutuo disenso entre las partes.

Entre las causas patológicas, incluye las que son objeto de estos artículos que venimos examinando: resolución por el empresario ante incumplimientos graves del consumidor, desistimiento injustificado por cualquiera de las partes, la nulidad o anulabilidad del contrato por distintas causas previstas en las reglas generales de los contratos (vicios de la voluntad, falta de capacidad, ilicitud del objeto, etc.) y, en fin, las causas sobrevenidas que imposibilitan cumplir las prestaciones (como la fuerza mayor o el caso fortuito, que por ejemplo impliquen la destrucción de los emplazamientos donde se tratan y conservan los datos). Menciona también como motivo aparte, el fallecimiento del consumidor, que deberá ser incluido entre las causas naturales de terminación como entiende el mismo autor y como prevén muchas de las condiciones generales establecidas por los proveedores de contenidos y servicios digitales. Esta última causa de terminación plantea cuestiones específicas en relación con el destino de los datos o contenidos suministrados por dicho consumidor al empresario.

Volviendo al examen de los preceptos, las consecuencias de la resolución se establecen en la DCSD en tres artículos consecutivos, dedicados respectivamente a las obligaciones del empresario y del consumidor en caso de resolución, y el último de ellos, el 18, a los plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario.

Aunque las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato se encuentran reguladas en las legislaciones de todos los EEMM, lo cierto es que las particularidades que presentan en este punto los contratos de suministro de contenidos o servicio digitales (particularmente la inexistencia de algo tangible que devolver en la mayor parte de los supuestos, como señala Twigg-Flesner, 2020:299), hacen que en muchos casos no tengan un adecuado acomodo en tren un régimen general de resolución contractual como los tradicionalmente establecidos en las legislaciones nacionales. Por ello, una regulación como la que en este punto uniformiza la DCSD, resulta especialmente conveniente y necesaria.

Constituye esta regulación de las consecuencias de la resolución del contrato el otro ámbito en que la DCSD hace una contribución, si bien modesta, al desarrollo del Derecho de contratos de la UE, al regular algunas de las consecuencias que comporta esta forma de terminación del contrato en el caso de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Se dan así algunos pasos más respecto de la Directiva 2011/83/UE, y constituye el de la DCSD un régimen más específico que el de la DCL (que se limita, esencialmente, a establecer una obligación recíproca de devolución de lo recibido por las partes del contrato[59], dejando la concreción de las obligaciones de las partes al derecho nacional), al establecerse normas más específicas y concretas sobre las obligaciones de las partes al resolverse el contrato a instancia del consumidor (Twigg-Flesner. 2020:298).

[59] Artículo 16, aparatado 3, DCL: "Cuando el consumidor resuelva un contrato de compraventa en su conjunto o, de conformidad con el apartado 2, respecto de algunos de los bienes entregados en virtud del contrato de compraventa: a) el consumidor restituirá al vendedor, a expensas de este último, los bienes, y b) el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o de una prueba, aportada por el consumidor, de que los ha devuelto".

D) Efectos de la resolución: obligaciones del empresario

i. Obligación de reembolso

Comenzando con las obligaciones del empresario en caso de resolución, que se recogen en el artículo 16, estas se dividen fundamentalmente en dos: el reembolso de todos los importes pagados por el consumidor (apartado 1) y, por otro lado, determinadas actuaciones en relación con los datos personales y contenidos digitales que el consumidor le haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios suministrados (apartados 2 a 4). Se incluye finalmente un apartado 5 que recoge una facultad del empresario a impedir cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor.

El apartado 1, relativo a la devolución de todos los importes abonados por el consumidor, comienza con una primera frase que contiene una declaración general en tal sentido que impone esa obligación y la hace recaer sobre el empresario. Twigg-Flesner (2020:282) considera que, dado que se utiliza la expresión "importes pagados" en lugar de la palabra "precio", esta frase hay que interpretarla en sentido general, y que la misma extiende por tanto sus efectos también a los datos personales proporcionados por el consumidor al empresario. Para Gili Saldaña (2024:770), la expresión "todos los importes", más amplia que el concepto de precio, se refiere no solo a este último, sino también a la obligación del empresario de reembolsar cualquier otra suma adicional que el consumidor haya tenido que abonar como consecuencia de la celebración del contrato

Por nuestra parte, y aunque la cuestión no tiene mayor repercusión práctica, entendemos que la expresión "importes pagados" alude exclusivamente a los contratos de suministro a cambio de un precio en dinero o signo (digital o no) que lo represente. Ello no solo por la literalidad de la expresión, sino porque el supuesto de contrato a cambio del suministro de datos personales es objeto específicamente de los apartados siguientes -2 y 3- del mismo artículo, y porque las obligaciones que

en relación con tales datos personales recaen sobre el empresario no determinan una mera "devolución" de los mismos, como veremos seguidamente[60].

La segunda frase de este apartado primero del artículo 16 DCSD se refiere a la obligación de reembolso del empresario en los casos de contratos de suministro digital a cambio de un precio, y en que el suministro se pacta durante un período de tiempo. En estos casos, a fin de equilibrar los intereses de las partes en el contrato y evitar un desequilibrio en perjuicio del empresario, se establece si el suministro del contenido o servicio digital se ha verificado de manera correcta durante un período anterior a la resolución del contrato, la obligación del empresario de devolver los importes pagados se limita a aquella parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de cumplimiento en el que los contenidos o servicios no hayan sido conformes[61].

También deberá devolverse la parte del precio abonado por el consumidor como adelanto de cualquier período restante del contrato "en caso de que no hubiese sido resuelto". Esta última mención, algo confusa en la expresión empleada, debe entenderse que hace referencia a los abonos de precio pagados por adelantado, es decir, "toda parte del precio pagado por el consumidor como avance de cualquier periodo restante del contrato en caso de que este no hubiese sido resuelto" A nuestro juicio, esta expresión utilizada en la versión española de la Directiva parece alambicada y carente de la deseada claridad, aunque el sentido indicado (pagos adelantados por períodos de suministro futuros que ya no van a tener lugar a causa de la resolución del contrato) se confirma acudiendo a otras versiones lingüísticas de la norma[62].

[60] Más complejidad para determinar la aplicación o no de este apartado presentarán los contratos de suministro en que la contraprestación consista inicialmente en la entrega por el consumidor de datos personales, y solo en un segundo momento, y a cambio de mayores prestaciones, el pago de un precio, casos que Twigg-Flesner (2020:282) sí considera deben quedar cubiertos por el artículo 11 DCSD,, apartado 1.

[61] Véase el considerando 68 DCSD.

[62] Acudiendo a la versión inglesa (*and any part of the price paid by the consumer in advance for any period of the contract that would have remained had the contract not been terminated*) o francesa (*ainsi que toute partie du prix éventuellement payée à l'avance par le consommateur pour toute période du contrat qui serait restée en l'absence de résolution du contrat)* de la DCSD dicha interpretación parece confirmada, si bien la redacción sigue siendo alambicada también en estas otras versiones lingüísticas.

Se estarían refiriendo estos supuestos a casos en que la falta de conformidad habría aparecido tiempo después del inicio del suministro, que se habría desarrollado durante algún tiempo con normalidad y según lo pactado, pero que en un momento posterior. Twigg-Flesner (2020:283) apunta a los casos de actualizaciones ulteriores al suministro, que una vez instaladas desencadenen la falta de conformidad, o cuando tiempo después de iniciado aquel, se produce una interrupción significativa en el mismo. En cuanto a otros supuestos más complejos, en los que estando la causa de la no conformidad presente desde un principio no se hace patente hasta pasado un período de tiempo[63], entiende dicho autor que no están cubiertos por el supuesto previsto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 16, toda vez que este exigiría, además de la concurrencia de un precio en el contrato, que al menos durante un periodo anterior a la resolución del contrato el suministro de los contenidos o servicios digitales haya sido conforme.

El artículo 18 DCSD se refiere al modo y tiempo en que el empresario debe verificar el reembolso de las cantidades pagadas, tanto en los supuestos de reducción del precio pactado que prevé el artículo 14 (apartados 4 y 5), o de resolución del contrato prevista en el artículo 16 (apartado 1).

En lo que se refiere al plazo, se impone la devolución "sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de catorce días" desde que el empresario haya sido informado de la decisión de aplicar la medida reparadora consistente en la reducción de precio o en la resolución. Milà Rafel (2024:671-672) señala que el plazo dentro del cual el empresario debe realizar el reembolso coincide con el plazo que el artículo 13 de la Directiva 2011/83/CE establece al comerciante para reembolsar cualquier pago recibido del consumidor en caso de desistimiento.

El precedente de la redacción empleada en este apartado primero puede encontrarse tanto en el artículo 44 de la propuesta de Reglamento CESL. Si se

[63] Se pone el ejemplo de un software que viene siendo utilizado por el suministro, pero que tras un cambio de sistema operativo por parte del consumidor, deja de poder utilizarse por devenir incompatible con el contenido o servicio ya suministrado, pese a la declaración previa de compatibilidad que hubiese hecho el empresario. En este caso, habría que entender que la causa de no conformidad estaba presente desde el primer momento, pero no se hizo patente hasta el cambio de sistema operativo por el consumidor, que lo hizo confiando en la promesa de compatibilidad del empresario. En tales casos, se propone, ante el silencio de la DCSD, que procedería también una ponderación del interés del empresario, moderando su obligación de devolución.

atiende a disposiciones normativas adoptadas en lugar de a las que no pasaron de propuestas, puede acudirse tanto al artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2011/83/UE, como en el artículo 11, apartado 5, de la Directiva (UE) 2015/2302 de viajes combinados[64]. En ambos casos se emplean los mismos términos "sin demora indebida" y se establece un plazo de 14 días, el primero en el caso de desistimiento, y la Directiva de viajes combinados en el supuesto de terminación del contrato de viaje por decisión del consumidor, cuando se plantea una modificación sustancial en el inicialmente contratado.

Presupuesto de la aplicación de este apartado es que el consumidor haya pagado un precio por el suministro de los contenidos o servicios digitales de acuerdo con lo previsto en el contrato, y que concurra alguno de los supuestos de no conformidad que, como se ha visto ya, permiten al consumidor optar por la reducción del precio o la resolución.

También se exige que el contrato prevea efectivamente el pago de un precio, no solo porque así lo disponen expresamente el artículo 14 y el 16, sino también porque la exclusión de los contratos de suministro a cambio de datos personales no debe generar, en principio, reembolso alguno entendido como tal (sin perjuicio de eventuales indemnizaciones de daños y perjuicios que puedan ser exigibles conforme a la legislación nacional aplicable). Existiendo contraprestación en forma de precio, surge en los supuestos mencionados de no conformidad a obligación de reembolso, que será de todas las cantidades pagadas por el consumidor en el caso de la resolución, y de la cuantía proporcional que resulte de aplicar las reglas de reducción proporcional a que aboca el artículo 14 DSCD, por el tiempo en que los contenidos o servicios hayan podido ser adecuadamente utilizados.

Nuevamente, y en cuanto al comienzo del cómputo del plazo para realizar el reembolso, se aplicará lo dicho en el precepto anterior: conocimiento efectivo por el empresario de la decisión del consumidor, cuestión siempre sometida, en caso de discrepancia, a la oportuna prueba conforme a las reglas del derecho nacional. Es

[64] Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. DOUE L 326 de 11.12.2015, p. 1/33.

cierto que, en este artículo, la literalidad de la redacción hace depender el comienzo del plazo de que se haya informado al empresario de la decisión del consumidor, pero parece lógico aplicar la referida exigencia de que la comunicación haya llegado al empresario, y este haya tenido ocasión de acceder a la misma[65].

En este caso, y a diferencia de lo previsto en el artículo 17 para la devolución por el consumidor del bien-soporte, el apartado segundo de este artículo 18 DCSD sí impone la regla de que debe verificarse el reembolso a través del mismo medio de pago empleado por el consumidor para la adquisición del contenido o servicio digital. Se permite excepcionar esta regla general si las partes alcanzan un acuerdo expreso en otro sentido, y ello no supone gasto alguno para el consumidor.

En ningún caso puede hacerse depender esta obligación de reembolso de una posible obligación del consumidor de devolver el bien-soporte que contuviese el contenido o servicio, al ser obligaciones completamente independientes una de otra, como señala Twigg-Flesner (2020:311), si bien este autor considera que las legislaciones nacionales sí podrían condicionar el inició del cómputo del plazo de 14 días para el reembolso, a una efectiva devolución por el consumidor de dicho bien-soporte, bien previendo una suspensión o una extensión de dicho plazo.

La redacción de este apartado en este punto deja claro que el empresario no tiene una opción de agotar ese período de 14 días, ya que la devolución debe hacerse "sin demora indebida". Pero sí puede entenderse que sí estará justificado un plazo razonable que pueda necesitar el empresario a fin de realizar las verificaciones necesarias, tanto para determinar a qué concreto contrato concierne la devolución, cuál fue su objeto, así como adoptar una decisión sobre la procedencia de la medida reparadora que ha decidido ejercer el consumidor. A ello se sumará un plazo razonable (y acomodado a los usos y prácticas comerciales y bancarias del lugar), que pueda tomar la ejecución de la transacción monetaria o la devolución del cargo efectuado, por ejemplo, sobre una tarjeta de crédito.

[65] Twigg-Flesner (2020:310) coincide en esta interpretación, entendiendo que la solución más equilibrada para los intereses de ambas partes es exigir un conocimiento efectivo (*actual knowledge*) por parte del empresario de la decisión del consumidor.

Las exigencias en cuanto a la vía para hacer efectivo los reembolsos evitan que el empresario pueda imponer al consumidor opciones alternativas a la devolución del precio pagado, como puedan ser el reconocerle un crédito a su favor por el mismo importe pagado, o la aceptación de bonos canjeables por nuevos productos del mismo empresario, que de uso tan habitual son en el ámbito del comercio electrónico y de las grandes plataformas. Pero estas estas vías alternativas continúan siendo una opción posible si concurre una aceptación expresa por el consumidor, quien puede entenderlas preferibles si, como suele ocurrir, el empresario le ofrece en caso de aceptarlas mejores condiciones, como pueden ser la devolución inmediata no sujeta a plazo alguno, o incluso ofrecer una cantidad adicional al precio inicialmente pagado (en forma de crédito, descuento u otro tipo de oferta), como incentivo para aceptar estos modos alternativos de verificar el reembolso.

En cuanto a la expresa mención en el apartado segundo a que no se imponga cargo alguno al consumidor, debe entenderse referido a aquellos costes asociados a la transacción financiera que genere el reembolso, al uso del medio de pago para la devolución, y no a costes propios que la devolución pueda generarle al empresario (que son objeto del apartado tercero del mismo artículo, al que nos referiremos seguidamente).

Los costes a que se refiere el apartado segundo, como decimos, son los que pueda imponer un tercero por el uso de un determinado medio de pago medio de pago a través del que se verifica el reembolso, y no a los que provienen directamente del empresario. Twigg-Flesner (2020:313) entiende que el término "gasto" (*fee,* en inglés) aquí empleado no es lo suficientemente claro, y aunque sí parece claro que evita que el empresario repercuta al consumidor, por ejemplo, las comisiones que pueda generarle a él utilizar medio de pago empleado para la devolución (por ejemplo, un cargo bancario por devolución en una tarjeta de crédito, o una comisión bancaria), no sería razonable que se excluyese absolutamente cualquier tipo de coste, no siendo descartable que el consumidor pueda tener que soportar alguno que imponga una tercera parte, por ejemplo en caso de transacciones transfronterizas, como puedan ser costes asociados a un pago fuera de la eurozona, o vinculados a un cambio de divisa. Otra interpretación del término "gasto", tendría

un alcance excesivo y podría suponer una potencial dificultad a la recepción del reembolso.

Frente a ello, la mención del apartado tercero de este artículo 18 DCSD ("el empresario no podrá imponer al consumidor ningún cargo por el reembolso"), hace clara referencia a cualquier coste administrativos o de gestión que al empresario le genere la devolución, y que pudiese querer repercutir sobre el consumidor al tramitar reembolso. Estos cargos pueden ser, por ejemplo, los derivados de la identificación del concreto contrato a que se refiera la petición de resolución, o por verificar la pertinencia de la causa alegada, o incluso por tener que calcular del importe proporcional en caso de solicitarse una reducción del precio.

Por último, señalar que ninguna consecuencia se hace recaer en este artículo en caso de incumplimiento por el empresario de la obligación de reembolso, cuestión una vez más relegada al ámbito de regulatorio de los EEMM, que deberán establecer también en este punto medios efectivos y adecuados para el cumplimiento de las obligaciones que la DSCD impone a las partes del contrato. No ha dejado de señalarse que, antes tantas cuestiones que quedan abiertas y en manos del legislador nacional, se generará un elevado grado de incertidumbre para fijar con precisión el alcance de este artículo 18, antes de que se planteen cuestiones prejudiciales suficientes ante el TJUE que permitan clarificar suficientemente su interpretación.

ii. Obligaciones en relación con los datos personales y los contenidos digitales que tengan origen en el consumidor

El apartado segundo de este artículo 16 aborda una cuestión de interés como es la de las obligaciones a que queda sujeto el empresario en casos de resolución de contratos cuya contraprestación haya consistido en la cesión del uso por el consumidor de sus datos personales. Se le impone por el apartado 2 del artículo, en

primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones que sean exigibles conforme al RGPD[66].

El apartado 3 viene a establecer otra obligación específica del empresario respecto del contenido facilitado (o creado) por el consumidor, no en concepto de contraprestación del suministro, sino como consecuencia de la utilización del contenido o servicio suministrado, siempre que dicho contenido no sean datos personales.

Debe recordarse aquí la polémica que se suscitó durante la tramitación de la propuesta de DCSD, en relación con la inclusión o no en su ámbito de aplicación de los contratos de suministro a cambio de datos personales del consumidor (previsto en la propuesta original de la Comisión, apoyada en este punto desde un principio por el Parlamento Europeo, frente a la reticencia al respecto del Consejo). Pero el debate también se refería a si la contraprestación distinta a la pecuniaria había de limitarse exclusivamente a la entrega de datos personales o, si como propuso inicialmente la Comisión, debía admitirse la contraprestación también con otro tipo de datos distintos a los personales[67]. Esta redacción fue desde un inicio descartada tanto por el Parlamento Europeo como por el Consejo, lo que se ha querido justificar en el hecho de la complejidad de distinguir en el texto de la DCSD la expresión "otros datos" de los datos personales, o en la previsible baja incidencia que tendría la aplicación de este segundo supuesto de contraprestación consistente en "otros datos" distintos de los personales[68]. Gili Saldaña (2024:775) entiende que ante la

[66] Gili Saldaña (2024:774) entiende que, conforme al RGPD, el empresario/responsable del tratamiento tendrá dos obligaciones fundamentales en estos supuestos: estará obligado a cesar en la utilización de los datos personales cuando el interesado ejercite su derecho a la supresión de datos o su derecho al olvido, y deberá poner dichos datos a disposición del interesado cuando este ejercite su derecho a la portabilidad. En todo caso, y más allá de estos dos supuestos, el principal efecto de la resolución contractual en estos casos será la pérdida de finalidad del tratamiento que venía realizando el empresario de los datos personales del consumidor, y con ello, la obligación fundamental de cesar dicho tratamiento y adoptar las medidas de supresión o de conservación justificada en algunos de los supuestos del RGPD durante le tiempo estrictamente necesario

[67] El artículo 3, apartado 1, de la propuesta de DCSD presentada por la Comisión (Documento COM(2015) 634 final), rezaba: "La presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos".

[68] "A possible explanation is the wish to avoid the additional complexity resulting from the necessity to differentiate between the two types of data in the text of the directive. Another possible reason could be the underlying idea that specific regulation addressing non-personal data is less necessary provided that

falta de definición de qué deba entenderse por "contenido distinto a los datos personales", ha de inferirse que será la información que no pueda considerarse "información sobre una persona física identificada o identificable".

El considerando 69 DCSD resulta de utilidad para determinar a qué tipo de contenido, creado o facilitado por el consumidor, se está refiriendo este apartado, indicando que pueden consistir en "imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles". Esta información puede estar conservada por ejemplo en el servicio de almacenamiento digital contratado al empresario (la "nube").

La primera obligación que se impone al empresario en relación con este contenido creado o suministrado por el consumidor es la de "no utilizarlo", surgiendo inmediatamente la reflexión sobre qué alcance tiene que tal expresión. Frente a una consideración de "hacer" en sentido estricto, se apunta que también quedarían prohibidos actos del empresario como el permitir o dar a terceros acceso a dicho contenido o el someterlo a cualquier procesamiento digital como la agregación a otro contenido proporcionado por usuarios distintos (Twigg-Flesner. 2020:286).

No obstante, esta prohibición de utilización de este contenido distinto a los datos personales presenta cuatro excepciones que se relacionan en el apartado 3 del mismo artículo 16 DCSD, y que tendrían por objeto "equilibrar los derechos del consumidor o usuario con los del empresario y otros posibles consumidores o usuarios que puedan haber contribuido a generar los contenidos" (Gili Saldaña. 2024:776). Estas excepciones, que presentan cierta heterogeneidad entre sí, tienen en común el ser provisiones favorables al empresario, toda vez que debe considerarse que la puesta en práctica de la obligación general de no utilización de contenido le obliga a adoptar (en un contexto de contratos masa, donde pueden ser miles los contratos similares), que implican inevitablemente cierto esfuerzo y cierto coste. En todo caso, el preámbulo de la DCSD no ofrece clave alguna para la

consumers, for the most part and in light of the broad concept of "personal data" under the GDPR, are not likely to provide non-personal data to traders" (Metzger, Efroni, Mischau, Metzger. 2018:97).

interpretación de estas excepciones, desde el momento en que el considerando 69 se limita a su mera relación sin mayor detenimiento en las mismas.

El primero de estos cuatro supuestos que permitirían al empresario utilizar el contenido suministrado por el consumidor es que el contenido no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contratos o servicios suministrados por el empresario (letra a). Twigg-Flesner (2020:289) pone como ejemplo de este supuesto que el contenido suministrado sea un juego en el que el consumidor haya creado, utilizando los propios recursos que el software del mismo le proporciona, un determinado entorno virtual en el que desarrollarlo, o un determinado personaje (avatar), supuesto que no suscita más dificultades que el caso en que dicho contenido creado por el consumidor pueda, una vez resuelto el contrato con el mismo, seguir generándole valor al empresario, por ejemplo permitiendo su utilización por otros jugadores que mantengan en vigor sus contratos, ello a cambio de una remuneración al empresario, supuesto cuya derivada quedarían al margen de la regulación de la DCSD y que podría plantear incluso aspectos relativos a la titularidad de las creaciones digitales.

El segundo supuesto de excepción es que el contenido provisto por el consumidor esté exclusivamente relacionado con la actividad de este durante el uso del contenido o servicio digital suministrado durante la vigencia del contrato resuelto (apartado d), supuesto en el que encajarían por ejemplo los datos generados sobre el número de accesos del consumidor a la plataforma del empresario durante la vigencia del contrato, u otras estadísticas en relación con la actividad desarrollada por el consumidor en ese período.

El apartado c) alude a los datos o información del consumidor que hayan sido agregados con otros datos del empresario, y cuya desagregación resulte imposible o desproporcionadamente laboriosa, supuesto que remite a la problemática de la propiedad de los datos combinados, es decir, la información elaborada a partir de información tanto del empresario como proporcionada por el consumidor que ha contratado con él.

El último de estos cuatro supuestos de excepción, apartado d), incluye el caso del contenido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, que

pueda seguir siendo utilizado por otros consumidores que mantengan o establezcan relación contractual con el empresario, que acogería supuestos como el de documentos compartidos y en cuya redacción han participado varios consumidores.

El apartado 4 de este artículo 16 DCSD impone, en relación con estos contenidos creados o proporcionados por el consumador, la obligación del empresario de ponerlos a disposición de aquel en caso de resolución del contrato salvo en los tres primeros casos que se acaban de exponer, (supuestos de las letras a), b) y c) del apartado 3 del artículo). El apartado establece también requisitos en cuanto a las condiciones de "entrega" o puesta a disposición de dicho contenido digital al consumidor, tanto de tiempo ("en un plazo razonable"), como de forma (gratuitamente, es decir, "sin coste alguno", y sin que se le opongan impedimentos por parte del empresario). Gili Saldaña (2024:779) señala acertadamente que la DCSD no establece el plazo en el cual el empresario debe cumplir con su obligación de poner el contenido digital a disposición del consumidor desde que este lo solicite, ni tampoco el tiempo durante el que el empresario deberá mantener dicho contenido a disposición del consumidor.

También se impone al empresario la obligación de poner dicho contenido o datos no personales a disposición del consumidor en un formato estructurado, de uso común y legible electrónicamente (*machine-readable*)[69], y de modo que el consumidor pueda transferir los contenidos a otro empresario o responsable de los datos, dando con ello lugar a lo que comúnmente se conoce como "portabilidad", y que hoy está configurado como derecho subjetivo codificado si de datos de carácter personales hablamos[70], hasta el punto de que estos requisitos relativos a la forma de devolver los datos o contenido son parejos a los establecidos en el RGPD en relación con el derecho a la portabilidad de datos personales. En este apartado del

[69] Twigg-Flesner (2020:292) entiende que las obligaciones formales impuestas al empresario para la devolución de los contenidos o datos no personales al consumidor le obliga a hacerlo en un formato de archivo adecuado a la naturaleza del contenido digital de que se trate, en un formato habitual como puede ser JPEG para imágenes mejor que PDF, y en cuanto a la legibilidad electrónica, no exigiría en opinión de este autor que deba de utilizarse necesariamente un *software* que el consumidor tenga ya instalado en su "entorno informático", sino que basta con que sea accesible por un dispositivo que dispongan de un software adecuado y habitual par acceder a ese tipo de contenidos.

[70] Artículo 20 RGPD: "El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado […]".

artículo 16, la DCSD vendría a reconocer este derecho a la portabilidad respecto de datos de carácter no personal, que como hemos visto comprende información digital creada o suministrada por el consumidor, tal como audios, videos, documentos u otro tipo de archivos digitales.

Este derecho del consumidor a recuperar sus contenidos está condicionado a que efectúe un requerimiento expreso al empresario en tal sentido (el apartado 4 así lo exige: "previa petición de este último"), quien no estaría obligado por tanto a la devolución de oficio y automática de tales contenidos por el mero hecho de la resolución del contrato. Tal requerimiento o solicitud no está sometido por la DCSD a requisitos particulares de forma, señalando Twigg-Flesner (2020:291) que el consumidor no está ni siquiera obligado a especificar con precisión a qué tipo de contenido concreto se refiere su petición, aunque si a dirigir su petición en un plazo razonable de tiempo tras la resolución, al que no alude el texto de la DCSD, pero parece lógico dado que el no asumirlo así supondría hacer recaer sobre el empresario una obligación *sine die* de mantenimiento de los contenidos o datos no personales tras la resolución, a la espera de una posible reclamación por el consumidor.

Para Gili Saldaña (2024:778) esta obligación del empresario es equivalente a la de poner a disposición del interesado sus datos personales cuando este ejerce su derecho a la portabilidad conforme al RGPD, si bien en este caso referido datos no personales. Nos suscita dudas sin embargo este paralelismo entre la obligación del empresario de poner a disposición del consumidor el contenido digital que este haya podido crear suministrar al empresario, con el derecho a la portabilidad. Si bien puede tener sentido en muchos casos, tampoco debe obviarse la posibilidad de que el consumidor solicite dicho contenido no con la finalidad de transmitirlo a otro empresario suministrador de contenidos o servicios digitales, sino simplemente por no dejarlo a disposición del empresario, perdiendo con ello todo control del mismo. Este parece ser también la opinión de Cámara Lapuente (2020:842) cuando al reflexionar sobre el destino de los datos y contenidos generados por el usuario, en los casos de resolución del contrato, menciona el derecho a la recuperación "y en su caso a la portabilidad", y la posibilidad de que ese derecho se contemplase también

durante la vigencia de la relación contractual. Nos parece más adecuada esta consideración no identificativa de ambos supuestos (recuperación y portabilidad).

Parece claro al respecto que el empresario debe de conocer, o de poder determinar todo el contenido o datos no personales del consumidor afectado por la resolución contractual, y que también le incumbirá la determinación de si concurre alguno de los supuestos de excepción del apartado 3 que le pueda eximir de esta obligación, que nuevamente y ante el silencio de la DCSD, también debemos entender debería comunicar expresamente al consumidor.

El último apartado del artículo 16 establece, en una clara asistemática con la rúbrica del artículo, que solo alude a las obligaciones del empresario, el derecho del mismo a impedir cualquier uso por el consumidor, posterior a la resolución contractual, de los contenidos o servicios digitales suministrados. Esta facultad tiene su contrapartida en la obligación de abstenerse de utilizar tales contenidos o servicios (o de ponerlos a disposición de terceros) que se impone al consumidor en el artículo siguiente.

Parece esta última previsión del artículo 16 plenamente coherente con las consecuencias derivadas de una resolución contractual, y con el resto de cargas que se hacen recaer sobre el empresario, al cual se le habilita a poder poner en práctica esta facultad de impedir cualquier uso posterior por el consumidor "haciendo que los contenidos o servicios digitales sean inaccesibles para el consumidor o inhabilitando la cuenta de usuario del consumidor".

Estas indicaciones permiten una interpretación amplia de las posibilidades del empresario para impedir dicho uso o acceso posterior del consumidor, que pueden incluso consistir en la adopción de medidas para que se desinstale el contenido o servicio suministrado de los dispositivos del consumidor, siempre y cuando, claro está, que ello no afecte o produzca inconvenientes de otro tipo al entorno digital del consumidor (Twigg-Flesner. 2020:296).

En cuanto a la posibilidad de inhabilitar la cuenta de usuario del consumidor, lo que tampoco parece conciliable con lo previamente dispuesto en el mismo artículo 16 es que ello impida al consumidor poder acceder el contenido o datos no

personales creados o previamente suministrados al empresario, en tanto no haya tenido la ocasión de reclamárselos y obtenerlos de este en las condiciones formales a que se ha hecho referencia, dentro de ese "plazo razonable" que nuevamente la DCSD opta por no concretar (aunque en este caso no utiliza la expresión "sin demora indebida"), pero que debe interpretarse en el sentido de no permitir una excesiva dilación en el cumplimiento de estas obligaciones resolutorias por el empresario.

E) Obligaciones del consumidor

El artículo comienza con la obligación del consumidor de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales o ponerlos a disposición de terceros, una vez resuelto el contrato. Se trata lógicamente de la primera y principal obligación del consumidor, que constituye el correlativo de la obligación de devolución del precio por el empresario.

Por comparación con el régimen establecido en el artículo 14 de la Directiva 2011/83/UE para estos casos, debe significarse que este ya recoge parcialmente alguna de las obligaciones del consumidor que prevé este artículo 17 DCSD, incluido el equivalente al ahora mencionado que sería el de la devolución al comerciante de los bienes recibidos, e incluso estableciendo alguna norma más concreta como la obligación del consumidor por la disminución de valor de aquellos bienes que viene obligado a devolver, cuando los hubiere utilizado de una manera distinta a la prevista o conforme a su naturaleza o funcionalidad[71].

El apartado segundo de este artículo 17 DCSD se refiere específicamente a los contratos en que el suministro del contenido digital se ha entregado en su soporte material (no aplicándose esta previsión, dada su naturaleza, a los suministros de servicios digitales). Surge entonces una obligación específica del consumidor de

[71] Artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2011/83/UE: "El consumidor solo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el comerciante no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra h)".

procurar la devolución de dicho bien-soporte, que se sujeta a unas precisas condiciones para evitar un menoscabo de sus intereses: el empresario debe requerir expresamente la devolución y debe correr con los costes de la misma.

Es significativo (y revelador de la vocación que inspira a la DCSD de proteger al consumidor), que este sea uno de los pocos plazos -por no decir el único en el marco de las recíprocas obligaciones de las partes-, que la DCSD concreta: el empresario tiene 14 días desde que el consumidor le comunique su decisión de resolver el contrato para requerir la devolución del bien-soporte que haya contenido el contenido o servicio digital suministrado[72]. Contrasta esta precisión del legislador con la obligación que impone al consumidor de atender dicho requerimiento para la devolución del bien-soporte "sin demora indebida".

Tigg-Flesner (2020:303) se plantea si surge para el empresario que no ha reclamado el bien-soporte en este plazo algún otro derecho a ser compensado, ante la no devolución que previsiblemente se produciría de dicho bien. Coincidimos en que no parece haber fundamente para ello dado que la causa de tal incumplimiento está en una negligencia o descuido del empresario. Añadimos además que no apreciamos tampoco margen para que los derechos nacionales establezcan nada diferente al respecto, a la vista de lo recogido en el considerando 11 DCSD.

La solicitud de devolución del empresario, parece lógico, deberá hacerse de modo que el consumidor adquiera efectivo conocimiento de la misma, y el cómputo de 14 días establecido tampoco parece que pueda empezar a correr antes de que el empresario haya tenido conocimiento fehaciente de la comunicación del consumidor instando la resolución.

En relación con las vías que, a los efectos de las comunicaciones relacionadas con el desarrollo de un contrato, puede el empresario establecer o imponer al consumidor (lo cual es válido para otras comunicaciones previstas en la DCSD, a que hemos podido aludir anteriormente), es interesante recordar la jurisprudencia del TJUE, que interpretando la Directiva 2011/83/UE, viene a señalar el requisito

[72] Twigg-Flessner (2020:299) apunta a que nada dice la DCSD en cuanto al cómputo o posible interrupción de este plazo de 14 días, en los casos en que el empresario objete la decisión del consumidor de resolver el contrato.

fundamental de que tales vías de comunicación en cuestión deban de ser, en todo caso, accesibles de forma clara y comprensible para el consumidor (sentencia dictada en el asunto *Amazon,* C-649/17[73]).

Otra cuestión que se suscita es si el empresario, al requerir la devolución del bien-soporte puede establecer un medio específico para dicha devolución, y si en tal caso, este puede ser diferente de aquel a través del cual se suministró inicialmente al consumidor. Twigg-Flessner (2020:303) cree que la regla general debe ser la de que la devolución del bien suporte se verifique de la misma manera en que fue entregado, y que si el empresario pide que se utilice otra vía (por ejemplo, devolución por servicio de paquetería urgente, en vez de por la ordinaria por la que se recibió en su día), debe adoptar todas las medidas que alivien al consumidor de cualquier carga adicional (como proporcionar un porte a costes debidos, o convenir que se recoja el paquete en el domicilio del consumidor). A nuestro entender, y frente al silencio de la DCSD al respecto, siempre que los costes de la devolución del bien-soporte sean asumidos por el empresario como exige la Directiva, el empresario puede elegir la vía por la que esta debe producirse, siempre que ello no suponga cargas o molestias excesivas al consumidor, pero sin que por ello pueda considerársele eximido de alguna prestación razonable para cumplir esta obligación, como pueda ser, a modo de ejemplo, la entrega del bien en algún punto del servicio postal o paquetería próximo a su domicilio. Gili Saldaña (2024:781) subraya que la devolución del bien soporte al empresario debe hacerse a expensas de este, si bien no se han recogido en la DCSD cuestiones como si el empresario está obligado a adelantar los gastos de devolución, o si puede reembolsarlos al consumidor una vez firmada su recepción

[73] "Por otro lado, procede considerar que esta disposición no se opone a que el comerciante facilite otros medios de comunicación distintos del teléfono, el fax o el correo electrónico para satisfacer los criterios de una comunicación directa y eficaz, como, por ejemplo, un formulario de contacto electrónico a través del cual los consumidores puedan dirigirse a los comerciantes mediante un sitio de Internet y recibir una respuesta escrita o una llamada rápidamente. Más concretamente, no se opone a que un comerciante que ofrece bienes o servicios en línea y que dispone de un número de teléfono al que puede accederse en varios clics, fomente el uso, por el consumidor, de otros medios de comunicación que no se mencionan en esa disposición, como, por ejemplo, un sistema de mensajería instantánea o de solicitud de llamada, para permitir al consumidor ponerse en contacto y comunicarse con el comerciante de forma rápida y eficaz […]". Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2019, *Amazon*, C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576, apdo. 52.

Finalmente, el apartado 3 de este artículo 17 DCSD cierra el precepto con la aclaración de que ninguna reclamación de pago se le podrá dirigir al consumidor "por el uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el periodo previo a la resolución del contrato, durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes". Nos remitimos a lo dicho en cuanto a que este apartado, de alguna manera, viene a suplir en la DCSD la omisión de una disposición expresa que exima al consumidor de su obligación de pago del precio del contrato (cuando este se haya fijado), ante un supuesto de no conformidad. En todo caso, se trata de una manifestación de *exceptio non rite adimpleti contractus*[74].

G) La modificación de los contenidos suministrados

El artículo 19 regula la modificación de los contenidos o servicios digitales suministrados, cuando así se hubiese previsto en el contrato. Esta posibilidad se refiere a los contratos de tracto sucesivo, que prevén suministros prolongados en el tiempo, y se refiere a las modificaciones que van más allá de lo imprescindible para asegurar la conformidad de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con las exigencias que a tal efecto se establecen en los artículos 7 y 8 DCSC.

Constituye este artículo 19 otro de los aspectos destacables de la regulación de la DCSD, que atiende a una característica muy específica de la realidad regulada, como es lo cambiante del entorno digital, sujeto a una rápida y continua evolución. Es lógico que se prevea el régimen de incorporación de las mismas en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales de tracto sucesivo, donde su prolongación en el tiempo los condiciona de alguna manera a la evolución que pueda experimentar en su negocio o industria el empresario.

Gili Saldaña (2024:752-753) entiende que las modificaciones que puede llevar a cabo el empresario en este contexto son de tres tipos: aquellas que forman

[74] "Se distinguen dos clases de excepciones paralelas: *la exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*. La diferencia entre ambas reside en que la *exceptio non adimpleti contractus* supone un incumplimiento total por la otra parte, mientras que la *excepcio non rite adimpleti contractus* sólo comporta un incumplimiento parcial o defectuoso". Fernández Hierro (2008:77)

parte de lo pactado en el contrato (como las actualizaciones del contenido o servicio digital). En segundo lugar, las modificaciones que resulten necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales. En tercer lugar, aquellas modificaciones a que viene autorizado el empresario si concurren los requisitos previstos en este artículo 20, que van más allá de lo necesario para mantener la conformidad: este tercer supuesto supone habilitar al empresario para que modifique los contenidos y servicios suministrados pese a que con ello pueda incumplir el requisito de conformidad con el contrato, si tales modificaciones suponen una mejora o beneficio para el consumidor.

A las modificaciones en el contenido o servicio suministrado se refieren los considerandos 74 y 75 DCSD. El primero señala que normalmente las modificaciones derivadas de actualizaciones o mejoras serán beneficiosas para el consumidor, estarán normalmente previstas en el contrato; serían estas las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad del suministro a que se refiere el artículo 7 DCSD, letra d). Sin embargo, como a continuación aclara el considerando 75, existirán otras modificaciones que vengan exigidas por requerimientos técnicos, y que serían los supuestos atendidos por el artículo 19 DCSD. Son, por ejemplo, los casos en que sea necesario adaptar los contenidos o servicios digitales "a un nuevo entorno técnico, o a un mayor número de usuarios", o cuando exigencias operativas importantes obliguen a la modificación.

Así, el 19 contempla la posibilidad, en los casos de contratos en los que el suministro se extiende en el tiempo, de que el empresario pueda, por propia iniciativa, modificar los contenidos y servicios digitales contratados y que ha venido suministrando. Deben cumplirse para ello varios requisitos de forma cumulativa (apartados a) a d) del artículo), además del presupuesto de partida de que la modificación no altere la conformidad de los suministrado, de acuerdo con los artículos 7 y 8 DCSD.

Aparte de esto, será preciso en primer lugar que la modificación esté prevista en el contrato, y que además en el mismo se exprese una "razón válida" para la misma, de modo que cabe afirmar que se exige que la modificación se encuentre justificada. Como señala Woodland (2020:319), esta segunda exigencia de la "razón

válida" no se contemplaba en la propuesta original de DCSD, sino que fue incluida durante la negociación, a fin de asegurar la coherencia con la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores[75]. Por las señaladas características evolutivas de la industria digital, es razonable suponer que la mayoría de los contratos tipo de suministro de contenidos o servicios digitales contendrán una cláusula que cumpla ambos requisitos: prever la modificación y ofrecer una justificación para la misma. Lo contrario no sería compatible con un modelo de negocio (el del suministro de contenidos o servicios digitales a lo largo del tiempo) en que las actualizaciones son algo cotidiano y muy frecuente.

En segundo lugar, la letra b) exige que la modificación no comporte gastos adicionales para el consumidor. El coste que pueda comportar la modificación debe correr íntegramente de cuenta del empresario, que lógicamente no estará en principio dispuesto a aplicar mejoras o mayor capacidad en lo suministrado al consumidor si ello no le reporta algún tipo de contraprestación. Puede por ello presumirse que aquellas modificaciones que aplicará de modo gratuito únicamente serán aquellas en cuya aplicación no pueda discriminarse a los consumidores que sigan abonando el mismo precio inicialmente pactado. Será previsible en tales casos que el empresario oferte al consumidor mejoras en el contenido o servicio suministrado, cuya aceptación por el consumidor, para cumplir con este artículo, exigirán la terminación del contrato original y la suscripción de otro nuevo a mayor precio.

Cabría plantear, ante modificaciones que implicasen una mejora sustancial en las prestaciones ofrecidas por el empresario, que se pudiese haber previsto en el en el contrato inicial una novación objetiva del mismo, conforme a la cual las partes libremente pudieran modificar lo inicialmente pactado, y el consumidor aceptar un mayor precio a cambio de la mejora en el contenido o servicio recibido. Tal opción parece sin embargo vedada por este artículo 19 DCSD, que parece abocar

[75] El Anexo de la Directiva 93/13/CEE, en su apartado 1 k), que enumera una serie de cláusulas que conforme al artículo 3 de dicha norma pueden ser declaradas abusivas, incluye aquellas que permitan al profesional "modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar".

necesariamente, en tales casos, a la señalada opción de la terminación contractual y suscripción de nuevo contrato, con nuevas condiciones.

El tercer requisito exige la plena información al consumidor sobre la modificación, que debe habérsele proporcionado de forma "clara y comprensible". Esta exigencia debe entenderse derivada de la necesidad de que el consumidor pueda tener elementos de juicio suficientes, en este punto, para decidir si aceptar o no la modificación. Con esta exigencia, la DCSD trata nuevamente de equilibrar las posiciones de las partes del contrato; las características técnicas de la modificación que pueda proponer el empresario, así como las consecuencias de no instalarla, serán de difícil comprensión pare un consumidor medio, lo que explica la exigencia de que la información que se le suministre sea "clara y comprensible". Cabe considerar sin embargo, que tales explicaciones tendrán un carácter estandarizado y se recogerán en cláusulas tipo que el empresario aplique a todos sus contratos de suministro.

La cuarta y última condición a que se sujetan este tipo de modificaciones está prevista únicamente para el supuesto de modificación contemplado en el apartado segundo del artículo. Se trata de las modificaciones que afecte negativamente al acceso que el consumidor haya venido teniendo a los contenidos o servicios suministrado. En tales casos, este apartado segundo ofrece al consumidor el derecho a resolver el contrato sin coste alguno por su parte.

Este derecho a resolver el contrato debe ejercitarse en un plazo de 30 días, a contar bien desde que sea reciba la información sobre la modificación, bien desde que se aplique la modificación se aplica por el empresario si ello es posterior a la información. En caso de proceder la resolución, esta se ajustará al régimen general que para tales casos establece la DCSD en sus artículos 15 a 18, ya examinados, todo ello según dispone el apartado tercero de este artículo 19 DCSD.

En caso de que la modificación no cumpla los requisitos establecidos en el artículo 19, o determine la no conformidad de lo suministrado, nacerán para el consumidor el posible derecho a reducir el precio o a resolver el contrato de acuerdo con el régimen ordinario de medidas correctoras ya examinado, que se aplicará normalmente, ello según recuerda también el considerando 77 DCSD.

Este nuevo supuesto de posible resolución del contrato por el consumidor solo puede ejercerse en los casos en que la afectación negativa derivada de la modificación sea significativa, ya que el apartado segundo la excluye en los casos en que el efecto negativo sea "mínimo". Nuevamente se emplean términos carentes de una concreción suficiente, que exigirán en caso de controversia entre las partes el recurso a un tercero (en sede judicial, administrativa o de mediación), para determinar si está justificada la resolución que pretenda un consumidor. En todo caso, puede entenderse que serán menores los cambios meramente estéticos (como los relativos a la *interface o* forma en que se presenten o acceda al contenido o servicio), o aquellos que no impidan continuar el uso que venía haciendo el consumidor.

La determinación de en qué pueda consistir para el consumidor el impacto negativo que comporte la modificación obliga a considerar múltiples supuestos. El más inmediato puede ser el que la modificación introducida pueda requerir mayores prestaciones al entorno digital del consumidor, a través del que accede o disfruta del contenido o servicio contratado (p. ej., más cantidad de memoria ocupada en el dispositivo de *hardware*, mayor velocidad de ejecución que pueda exigir disponer de un procesador más capar, etc.).

Estos casos de modificación con efectos negativos sobre el consumidor que contempla el apartado segundo, están sujetos a unas obligaciones específicas de información que se establecen en la letra d) del apartado primero: el empresario deberá informar de ello al consumidor con una antelación razonable y en un "soporte duradero". Según el considerando 76 DCSD, este soporte debe ser de tal condición que permita al consumidor almacenar la información durante el tiempo necesario para ejercer sus derechos frente al empresario, y se enumeran como ejemplos del mismo el papel, los DVD, los CD, las memorias USB, las tarjetas de memoria o los discos duros, entre otros. Se menciona también el correo electrónico, caso que se aparta de la materialidad propia de los anteriores ejemplos, y no acaba de encajar, a nuestro juicio, en la previa enumeración.

Debe precisarle también las características y el momento preciso en que aplicará la modificación, y debe hacerle conocedor del su derecho a resolver el

contrato en las condiciones antes indicadas. También debe informarle de la posibilidad de mantener el suministro en las mismas condiciones que se venían aplicando, opción expresamente contemplada el apartado cuarto del artículo y que se somete también a que se preserve la conformidad del suministro y no se impongan costes adicionales al consumidor. Será el caso en que, existiendo versiones actualizadas (y presumiblemente mejoradas) del contenido o servicio que se venía prestando, se oferte al consumidor mantener la versión que venía disfrutando.

H) Derecho de repetición del empresario "aguas arriba"

El artículo 20 DCSD reconoce al empresario que contrata con el consumidor, y se vea obligado a compensarle por algún incumplimiento en el suministro de contenidos y servicios digitales, la posibilidad de repetir contra los intervinientes en la cadena previa de transacciones, cuando la deficiencia que haya obligado a responder al empresario se encuentre en alguno de dichos intervinientes. Es por tanto un derecho que se aplicará en las relaciones B2B, es decir, entre empresarios, y que se verifica "aguas arriba" de la cadena de transacciones que concluye con el suministro de los contenidos o servicios digitales al consumidor.

Se previene así un resultado injusto en que, debido a la sucesiva transmisión de la responsabilidad, esta haya sido finalmente asumida por quien ha sido ajeno a la negligencia o insuficiente pericia determinante de la deficiencia en el contenido o servicio suministrado, en lo que Agüero Ortiz (2024:805) denomina carácter "vicario" del empresario, o de sustituto del agente responsable de la cadena comercial, que justifica que se le reconozca la posibilidad de ejercitar esta acción de regreso, a fin de recuperar los gastos en que haya incurrido para atender las reclamaciones del consumidor al que suministró los contenidos o servicios digitales.

La DCSD se limita en este punto a reconocer el derecho de reclamación, si bien remite a las respectivas legislaciones nacionales la determinación de quien deba ser considerado responsable, así como las acciones y el contenido que pueda

finalmente tener la reparación cuyo derecho se reconoce al empresario final. ¿Qué justificación puede tener este artículo, ante esa remisión casi completa a las legislaciones nacionales?

Como señala Mozina (2020:323), las diferencias que puede presentar el concepto de conformidad, los sistemas de transmisión del riesgo o de carga de la prueba, o los distintos regímenes de prescripción en el derecho de los EEMM, pueden hacer infructuosas las posibles reclamaciones en la cadena de contratos. De ahí que este artículo 20 DCSD se limite a establecer con claridad el objetivo final: que el empresario pueda repetir por los perjuicios que le haya comportado el tener que responder, ante el consumidor final, de una deficiencia de la que no era responsable.

El precedente de este artículo hay que buscarlo en el artículo 4 de la Directiva 1999/44/CE[76] que introdujo por primera vez en el Derecho de contratos de la UE este derecho de repetición. Sin presentar diferencias significativas con el de la DCSD, aquel artículo 4 tenía una redacción algo más reducida en cuanto al posible ámbito subjetivo de la repetición, ya que se permitía contra el productor, un previo vendedor en la cadena contractual u otros intermediarios. El artículo 20 DCDS incluye a cualquier "persona en fases previas de la cadena de transacciones".

La expresión "fases previas de la cadena de transacciones", debe llevar a entender que no surge un derecho de repetición si el origen de la responsabilidad del empresario frente al consumidor se encuentra, por ejemplo, en que el contenido o servicios suministrado se ha elaborado a partir de un software obtenido de una fuente de código abierto sin pagar las correspondientes licencias. Sí surgirá, por el contrario, en supuestos de no conformidad derivados de la vulneración de derechos de terceros a que hace mención el artículo 10 DCSD, si la causa de la vulneración se encuentra en la vulneración de una licencia de usuario final cometida por un tercero,

[76] "Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes". Artículo 4, "Recursos". Directiva 1999/44/CE.

Siendo loable que se establezcan ese objetivo final de que el empresario pueda repetir ante una deficiencia de la que no es responsable, las dificultades para alcanzar tal objetivo y hacer efectivo el derecho que se reconoce no son sin embargo allanadas por la DCSD. Las mismas dificultades preexistentes a su efectividad serán previsiblemente experimentadas en cuanto la cadena de sucesivas transacciones tenga un ámbito territorial transfronterizo, y el empresario se enfrentará a las mismas dificultades para ejercer su derecho de repetición que existiesen con anterioridad a la Directiva 1999/44/CE y a la DCSD. Y ello, más allá de la obligación general impuesta a los EEMM por el artículo 21 DCSD, aparatado primero, de establecer "medios adecuados y efectivos para asegurar el cumplimiento de la Directiva", y de las exigencias derivadas el principio general de efectividad del Derecho de la UE derivado de la jurisprudencia del TJUE.

Al respecto, entiende Mozina (2020:324) que del citado principio de efectividad habría que detraer una obligación por la que el empresario pueda obtener una reparación efectiva, y que por tanto de la Directiva 1999/44/CE puede interpretarse que establece unos requerimientos mínimos para ese derecho de repetición, aunque considera que del mismo resultan más interrogantes que respuestas sobre el alcance de tales requerimientos mínimo, sin que tampoco de la jurisprudencia del TJUE haya arrojado luz para la interpretación de dicho artículo de la 4 de la Directiva 1999/44/CE. Así, no se establece, sigue señalando, si la posibilidad de reclamación que deben prever los EEMM debe ser contra do responsable directo de la deficiencia, o contra el eslabón previo en la cadena de suministro; tampoco se ofrece ninguna solución ante supuestos de insolvencia en dicha cadena que frustren este derecho a repetir. Lo que sí parece claro es que los EEMM deberán coordinar los plazos de ese derecho de repetición con los establecidos en la DCSD para que el consumidor reclame, ante una falta de suministro o de conformidad, contra el empresario final.

Tampoco se configuraba en la Directiva 1999/44/CE esta posibilidad de repetición como un derecho absoluto, desde el momento en que su considerando 9, al mencionar la libertad contractual, se contempla la posibilidad de que ese derecho de repetición quede contractualmente excluido. Tal referencia se contiene igualmente en la DCL, que contempla un análogo derecho de repetición del

empresario en su artículo 18, y también, en su considerando 63, menciona la libertad de contratación, y con ello, indirectamente, el que este derecho de repetición del empresario no tenca carácter obligatorio.

Se ha señalado también que el ámbito de este derecho de repetición del artículo 20 DCSD no se extiende a posibles reclamaciones de daños y perjuicios que el consumidor pueda exigir al empresario, con carácter adicional a la resolución del contrato, y ello en cuanto la redacción del precepto se confina a la responsabilidad del empresario ante "algún incumplimiento en el suministro", ello sin perjuicio de la posibilidad de que los EEMM tengan la posibilidad de configurar este derecho de repetición con un carácter más amplio. Al respecto Agüero Ortiz (2024:807) recuerda que el considerando 12 DCSD permite que los EEMM reconozcan a los consumidores medidas correctoras de naturaleza extracontractual en caso de falta de conformidad, que puedan ejercitarse contra personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones, posibilidad que se recoge en algunas legislaciones nacionales[77].

También está claro, en la configuración de este derecho, que es preciso que la responsabilidad a la que ha tenido que hacer frente el empresario, y por la cual repite, tenga su origen en una acción u omisión de otro de los intervinientes en la previa cadena de transacciones. Ello supone la aplicación de un principio de causalidad, entendido como concepto autónomo del Derecho de la UE y no derivado de las legislaciones de los EEMM, y que impediría la repetición cuando el incumplimiento tuviese su origen en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y por supuesto, cuando el incumplimiento o la no conformidad sea imputable al empresario final, o cuando este haya incurrido en un incumplimiento contractual frente al anterior empresario con el que contrató.

Nada dice tampoco este artículo 20 DCSD sobre la cuantía de la reparación que tendría derecho a obtener el empresario, que también queda sujeta a lo que establezcan las legislaciones nacionales, aunque sí se apunta que la misma debe

[77] "Por lo demás, debe recordarse que tanto en Francia como en Bélgica se reconoce la acción directa del comprador final contra cualquier integrante de la cadena de transacciones comerciales que resulte responsable por los vicios ocultos que pudieran presentar los contenidos digitales" (Agüero Ortiz. 2024:808).

cubrir al menos el coste que haya tenido para el empresario su responsabilidad frente al consumidor final. Sobre ello. Agüero Ortiz (2024:814) entiende que el empresario podrá repetir contra otros responsables de la cadena de transacciones por ejemplo, para reclamar los gastos en que haya podido incurrir al tener que probar, de manera infructuosa, que los contenidos o servicios digitales suministrados cumplían los requisitos de conformidad, o que la falta de conformidad provenía de la incompatibilidad del entorno digital del consumidor, si en estos casos la imposibilidad probatoria fuese imputable a un agente determinado de la cadena de transacciones.

III. – OTRAS DISPOSICIONES

Con el artículo 20 hemos finalizado el análisis del contenido más específico y singular que presenta la DCSD. Su contenido restante se completa por una serie de disposiciones dirigidas a asegurar su debida y conforme aplicación conforme, y que ocupan los artículos 21 a 27 del texto, con el que se cierra su parte dispositiva.

El artículo 21, bajo la rúbrica "Aplicación", contiene una exigencia habitual en las directivas de armonización plena, dirigida a los EEMM para que adopten "los medios adecuados y efectivos" para asegurar el cumplimiento de la Directiva. El apartado segundo de este artículo incluye una previsión común en las directivas UE en materia de protección de consumidores, que exige que se incluya expresamente la posibilidad, adaptada a las especificidades de cada ordenamiento jurídico nacional, de que organismos público, organizaciones profesionales y de consumidores, así como entidades sin ánimo de lucro activas en el ámbito de la protección de consumidores, puedan emprender acciones de naturaleza administrativa o judicial a través de las cuales puedan hacerse efectivas las previsiones de la DCSD. Se debe incluir expresamente también las entidades sin ánimo de lucro de las previstas en el artículo 80 RGPD, es decir, aquellas que actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de datos personales.

El artículo 22 contiene otra disposición habitual en las normas de protección de consumidores, conforme a la cual no serán vinculantes para estos las cláusulas contractuales dirigidas a excluir, en su perjuicio, alguna disposición nacional por la que se transponga la DCSD. Tampoco las que las excluyan o modifiquen sus efectos. Se permite no obstante que las partes, contractualmente, prevean la inaplicación o modifiquen algunos de los efectos previstos en dichas normas, siempre que ello se prevea para un momento posterior a aquel en que el consumidor ponga en conocimiento del empresario el incumplimiento del suministro o la falta de conformidad, o que el empresario, conforme al artículo 19, informe al consumidor de una posible modificación del contenido o servicio que esté siendo suministrado. Ello abre la puerta a que las partes puedan alcanzar acuerdos amistosos una vez producida y conocida la falta de conformidad, evitando una litigiosidad que puede ser una pero opción para las mismas. Finalmente, el apartado tercero de este artículo 23 aclara que las modificaciones que se prohíben en este artículo son aquellas que perjudicarían al consumidor, pero no se excluyen alteraciones contractuales que se aparten, en su beneficio, del régimen establecido en la DCSD, y por las que los empresarios les dispensen una mayor protección.

El artículo 23 introduce modificaciones en dos actos legislativos preexistentes, el Reglamento (UE) 2017/2394[78], y la Directiva 2009/22/CE[79]. Son meras actualizaciones de sus respectivos anexos, que tienen por objeto mantener la coherencia de las mismas tras la entrada en vigor de la DCSD.

El artículo 24 establece el plazo de transposición para los EEMM, que con carácter general concluyó el 1 de julio de 2021, con obligación de aplicar tales normas internas de transposición, como muy tarde, el 1 de enero de 2022. El apartado segundo contiene una precisión, según la cual la DCSD devenía aplicable a

[78] Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº. 2006/2004. DOUE L 345 de 27.12.2017.

[79] Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada). DOUE L 110 de 1.5.2009. Esta Directiva quedó derogada, desde el 24 de junio de 2023, por efecto de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 409 de 04.12.2020).

los suministros de contenidos o servicios digitales que se produjesen a partir del 1 de enero de 2022 (aunque el contrato fuese anterior), si bien los artículos 19 (referido a las modificaciones), y el 20 (derecho de repetición del empresario) solo se aplican a los contratos celebrados desde esa fecha.

Señala Schulze (2020:340) que esta distinción en los plazos tiene origen en un acuerdo de compromiso alcanzado durante la negociación, en relación con la controvertida cuestión de si la DCSD debía aplicarse a los contratos celebrados antes el 1 de enero de 2022. Dicho compromiso supuso que los empresarios no pudiesen exigir una modificación de los contenidos o servicios, que estuviesen siendo suministrados a partir de esa fecha de 1 de enero de 2022 si el contrato que justificaba dicho suministro era anterior. Para poder hacerlo, se abocaba al empresario a poner fin a los contratos preexistentes y a celebrar otros nuevos. Tampoco podía ejercer el empresario un derecho de repetición conforme a la DCSD en contratos anteriores a esa fecha, debiendo sujetarse al régimen preexistente para hacerlo, diferenciación que no encontraba una justificación sólida.

El artículo 25 establece la obligación para la Comisión de revisar la aplicación de la DCSD y presentar sobre ello un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social antes del 12 de julio de 2024, obligación que, en el momento en que se cierran estas líneas, no ha sido cumplida.

Por último, el artículo 26 establecía la entrada en vigor de la DCSD en los habituales 20 días desde su publicación en el DOUE, que al tener lugar el 22 de mayo de 2019 (mismo día que la DCL), determinó una entrada en vigor el 11 de junio de 2026.

CAPÍTULO QUINTO. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

I.- LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: CUESTIONES DE INTERÉS PARA LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENDOS Y SERVICIOS DIGITALES

1.- Riesgos para la protección de datos personales asociados a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en el entorno de las plataformas digitales

Quizá uno de los debates más presentes en relación con la normativa europea sobre protección de datos, sea el que opone la necesidad de proteger la intimidad personal a través de una regulación eficaz de la protección de datos, con la necesidad de no crear barreras a una innovación tecnológica que avanza a ritmo vertiginoso, entre otros ámbitos, en lo relativo a la capacidad de almacenar, estructurar y analizar, con fines comerciales, los datos personales de los consumidores.

La protección de datos, la *privacy* en el término anglosajón, se percibe en muchos sectores como una barrera, un obstáculo al avance y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (Van Lieshout. 2016:1).[1] Sin embargo, cada vez es más claro que el *Big Data*[2] ofrece posibilidades y soluciones a los problemas y necesidades en la sociedad actual, así como ventajas en el mundo de los negocios[3].

Hidalgo Cerezo (2020:121), en relación a estas dos vertientes que presenta esta realidad, señala como el RGPD ha sido una de las normas que más impacto ha tenido en el ámbito *Techlaw* en la década 2012-2020 tanto en las empresas como en

[1] "Many organisations perceive privacy as an 'innovation killer' […] " (Van Lieshout. 2016:1).

[2] Nos referiremos a este término de *Big data* en el sentido definido por Rebollo Delgado, L. y Zapatero Martín, (2019:51): "Con este término se hace alusión al almacenamiento y procesamiento de ingentes cantidades de datos, estructurados o no, mediante herramientas informáticas especializadas, que sirven de base para poder inferir probabilidades, consiguiendo liberar el valor latente o implícito de la información.

[3] La información ofrecida por el tratamiento de grandes cantidades de datos permite a las empresas permite optimizar los productos o servicios ofrecidos a los clientes con un importante ahorro de costes, así como acelerar la toma de decisiones. También desde otros ámbitos la utilidad de este recurso se hace patente. Por ejemplo, durante la pandemia de COVID 19 permitió un seguimiento de la expansión del virus, sin que las exigencias regulatorias supusieran una dificultad insalvable.

los usuarios finales, pero que su importancia no se ha limitado a la de establecer un nuevo marco legal para el derecho a la protección de datos personales. Entiende que su implementación ha demostrado la viabilidad tecnológica y jurídica de una forma de contratación mucho más dinámica e interactiva entre operador y consumidor.

El impacto de la protección de datos personales en la contratación por medios electrónicos es indiscutible, a lo que se ha añadido en los últimos años el creciente valor e información que puede ofrecer el tratamiento masivo de datos no personales.

Esta realidad, cada vez más patente, ha reabierto el debate sobre la justificación a las limitaciones establecidas y exigencias asociadas a la protección de datos personales en ámbitos como el de la Unión Europea, que han optado por regulaciones verdaderamente exigentes y garantistas. La cada vez más acuciante necesidad de impulsar la productividad y eficiencia en el territorio de la Unión[4], y la conveniencia de mayor flexibilidad en el acceso y tratamiento de datos en situaciones de emergencia[5] en las que debe atenderse a la protección de un bien mayor, han permitido justificar actuaciones y decisiones, si bien se ha intentado actuar con el máximo respeto posible a la normativa de protección de datos[6].

Como apunta Recio Gayo (2016:39)[7], en este debate es clave detener la progresiva pérdida de confianza en los avances tecnológicos que se han producido,

[4] Volvemos a remitirnos a los informes Letta y Draghi emitidos en 2024 sobre el futuro del mercado único en la UE y de la competitividad en la Unión Europea. Disponibles en https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf y https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf . Verificado el 20 de octubre de 2024.

[5] En referencia a las medidas adoptadas por diversos estados durante la pandemia de COVID 19, Newlands *et alii* (2020:4) señalan "[r]ising infection rates and spreading uncertainty have led government officials and private companies on an urgent search for technical solutions that could be deployed promptly and efficiently. In an effort to monitor the spread of the virus, government officials turned towards Big Data solutions, which promise to analyse aggregated mobility data to provide information about when and near whom individuals were at a given moment. Multiple countries have implemented such practices (Buckee, 2020). Some countries, including Germany (Dalg, 2020), Switzerland (Wyss, 2020) and Norway (Balsari et al., 2020), have mandated national emergency cooperation with telecommunication providers to track the flow of individuals, mainly to ensure that people are not gathering in large groups or to track persons who have tested positive for Covid-19. […]".

[6] Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea de abril de 2020 sobre "Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de Covid- 19 en lo referente a la protección de datos". Documento 2020/C 124 I/01. DOUE C 124, de 17 de abril de 2020.

[7] Recio Gayo (2019:36): "La confianza es un elemento clave ya que la pérdida progresiva de la misma afecta tanto a la innovación como al derecho fundamental a la protección de datos personales. Ello en

por ejemplo, en cuanto al *Big data,* computación en la nube o el denominado Internet de las cosas (*Internet of Things*)[8], por citar los desarrollos actualmente más pujantes, a los que debemos añadir hoy la IA: "[E]l consumidor ya no es meramente la persona a la que se ofrece y/o vente un producto o servicio, ahora también es una fuente de datos personales o información personal que es clave para el desarrollo de cualquier negocio el desarrollo de la tecnología, de manera que conseguir su confianza es clave" (Rebollo, Zapatero. 2019:149).

Tras un análisis de la eventual contraposición entre protección de datos personales e innovación, y a partir de la tesis de que la situación no ha cambiado excesivamente desde el tan citado ahora artículo publicado hace 125 años por Warren y Brandeis (1890),[9] que apuntaba la necesidad de preservar la privacidad frente a las innovaciones comerciales, se alcanza la conclusión de la plena compatibilidad entre ambas premisas, desde la consideración de que el Derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto y de que es compatible con los cambios que comportan los avances tecnológicos, y la necesidad -imposibilidad, en mi opinión- de no entorpecer esta evolución.

relación con los sucesivos debates públicos acaecidos con el llamado caso Snowden, el sistema de interceptación ECHELON o, más recientemente, Cambridge Analytics". En relación con el necesario equilibrio entre los intereses en juego, recuerda Recio Gayo que la innovación es beneficiosa para el derecho fundamental a la protección de datos personales o la privacidad, puesto que ayuda a redefinir con frecuencia sus límites, significado y alcance (2019:43).

[8] Utilizaremos el término *Internet of things (IoT)* en el sentido definido por Rebollo y Zapatero (2019:50): "Se refiere a objetos de la vida cotidiana -por ejemplo, electrodomésticos, vehículos, viviendas e incluso la tecnología incorporada en prendas de vestir o wearables- conectados a través de Internet mediante millones de sensores en entornos que son capaces de entender situaciones y adaptarse a ellas, generando y compitiendo datos continuamente. Según informe de la Fundación Telefónica, el número de objetos conectados a Internet para el año 2020 será aproximadamente de 25.000 millones, con previsión de un posible incremento exponencial en los siguientes años, lo que posibilitará una mayor interacción con el entorno, dando lugar a los denominados ambientes inteligentes o *Smart*".

[9] En la misma línea, a finales de los años 60 del pasado siglo XX y por tanto en los umbrales de la revolución digital, planteaba Westin los mismos riesgo desde una perspectiva más general en la sociedad norteamericana: "A few thoughtful spokesmen, including some within the computer community, have begun to raise questions about safeguarding privacy and Liberty in the age of the electronic dossier. But, so far, these voices have been a small cautionary note in the larger rousing chorus of computer designers and users who are pressing for integrated, freely circulating information systems. Serious as the problem of physical surveillance devices is in the 1960's and promises to be in the 1970's, it may be dwarfed completely by the surveillance of individual and group life that unlimited use of electronic data systems could bring to American life in the next decade." (Westin. 1966:1003).

Hoy en día, afrontamos una nueva revolución tecnológica iniciada, como señala Garriga Domínguez (2016:20),[10] en el último tercio del siglo XX, que supone el paso a una sociedad que denomina "informacional", en la que el papel de las tecnologías de la información se refuerza hasta hacerse central, en una sociedad donde los datos y su tratamiento, la información en definitiva, es la fuente de productividad. La economía se encuentra en un proceso de transición que la conduce a convertirse en una "economía digital", no como un nuevo sector o área de especialización de dicha disciplina sino una evolución de toda ella[11].

Dicho esto, no se desconocen las dificultades para abordar, desde esquemas tradicionales de sistema legales nacionales, fenómenos que trascienden esas fronteras con instantaneidad a través de los cables de comunicación o el espacio radioeléctrico, lo que lleva a que por muchos autores se apunte la necesidad de crear instrumentos jurídicamente vinculantes de carácter transfronterizo, a conveniencia de adoptar un instrumento internacional vinculante y adaptable, negociado con la más amplia participación y superando la bilateralidad del debate Unión Europea - EE.UU (Recio Gayo. 2016:161-166), que, como en muchas áreas geoestratégicas, está desplazando desde hace años su centro de gravedad al Pacífico, empujada por la rotación del azimut del desarrollo tecnológico y del liderazgo comercial hacia el Este del Pacífico.

Es indudable que el freno que puede suponer la desconfianza del ciudadano hacia las innovaciones tecnológicas puede trasladarse también a los nuevos tipos de intercambio comercial por medios tecnológicos, articulados muy principalmente a

[10] "Garriga Domínguez (2016:20) destaca el impacto social que tuvo en el S. XX la revolución tecnológica, que condujo al inicio de una época de nuevos retos éticos al implicar una modificación radical de la condición humana, ya que se crea "un género hasta ahora desconocido de conciencia externa del hombre". En el último tercio del siglo XX se produce un cambio de paradigma que afecta a todos los aspectos de la sociedad postindustrial, pasándose a una sociedad de la información o "sociedad informatizada" prima el «paradigma informacional» que conduce a una sociedad en la que la generación, el procesamiento y la transformación de información se convierten en las fuentes fundamentales de productividad y poder Las tecnologías de la información juegan hoy, señala el autor, más que nunca un papel central".

[11] "Digitalisation is one of the most important trends of the current century. It will change our economy and society as fundamentally as de industrial revolution did. Our economy is in a process of transition towards a `digital economy´. This term does not mean a separate economy or a specific sector of the overall economy. The changes caused by digitalisation will ultimately lead to the entire economy becoming digital." (Schulze, Staudenmayer. 2020: 1).

través de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales objeto de este trabajo.

Los cambios en el mercado a que se está enfrentando hoy el consumidor resultan también de la convergencia de tecnologías y la sustituibilidad de productos y servicios. Grandes proveedores de servicios digitales que pueden obtener los datos personales a gran escala en un determinado mercado ofreciendo un servicio (como una red social, o un servicio gratuito de correo electrónicos), pueden tratar dichos datos y emplearlos para ofrecer un servicio distinto, o vender los datos tratados a otra empresa que ofrece servicios distintos en otro mercado. Estas prácticas no solo pueden transgredir la normativa sobre protección de datos personales, sino también afectar a las reglas sobre competencia en los mercados.[12]

Otro factor que alimenta la desconfianza del consumidor es, por un lado, la altísima complejidad y especialización de las tecnologías en que se basan estos nuevos servicios, fuera del alcance del conocimiento del ciudadano medio y, por otro, la falta de transparencia de los gigantes del *Big Tech*, ya identificados como GAFAM (Google, Amazon, Facebook –hoy Meta-, Apple y Microsoft, a la que debe añadirse otras X Holding Corp[13] o plataformas de contenidos como Netflix o Spotify). A ellas se suman hoy día nuevas macroempresas surgidas en otras partes del mundo, como las denominadas BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi)[14].

[12] El Supervisor Europeo de Protección de Datos llamó la atención sobre el que la aplicación de las normas sobre competencia pueden poner de relieve violaciones de las normas de protección de datos personales: "Whether or not breaches of both competition and data protection rules were to be established, a deeper appreciation of these markets and of the purposes for which personal information is processed would benefit enforcement. Better informed regulators would be better able to detect practices by dominant market players which are anti-competitive, unfair or which fail to provide accurate information to the consumer". Supervisor Europeo de Protección de datos, "Preliminary Opinion on "Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy", 26 de marzo de 2014, pp. 27-28. https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competitition_law_big_data_en.pdf. Verificado el 20 de octubre de 2024.

[13] Nitish, P., Stern J., Mark (10 de abril de 2023). "Twitter ya no es una empresa". Slate. https://slate.com/technology/2023/04/twitter-inc-x-corp-elon-musk-x-nevada.html . Consultado el 20 de noviembre de 2024.

[14] Por ofrecer algunos datos de la cantidad de información manejada, citaremos a Garriga Domínguez (2016:25): Google procesa más de 24 petabytes de datos al día, a Facebook se suben 10 millones de fotos nuevas cada hora y, cada segundo, ochocientos millones de usuarios suben más de una hora de video. YouTube cuenta con 1.000 millones de usuarios mensuales, Facebook, tiene unos 1390 millones y WhatsApp ha superado la barrera de los 800 millones de usuarios activos mensuales, por encima de Xn (antes Twitter), que tiene 288 millones de usuarios activos mensuales o de Instagram, que cuenta con 300 millones. Esos millones de usuarios generan enormes cantidades de información sobre ellos y sobre

Estos gigantes hegemónicos de Internet han sido señalados como responsables del exponencial crecimiento del volumen de datos e información que circula por Internet, información en gran parte de carácter personal o susceptible de ser asociada a personas físicas, y que circula con una enorme opacidad en cuanto al conocimiento por los usuarios de los servicios electrónicos del destino y fin que se da a sus datos personales.[15]

Son, además, empresas líderes en el suministro de contenidos y servicios digitales, a través de las plataformas de contenidos, de redes sociales o de buscadores por Internet que gestionan. Ello lleva a exponer, tras analizar el régimen jurídico de los contratos que nos ocupan, el cómo los mismos se convierten en elementos clave a través de los que estas grandes empresas y sus plataformas obtienen enormes cantidades de datos personales de sus usuarios en todo el mundo, y también datos no personales, pero de creciente valor también para establecer patrones de conducta, estudio de preferencias por regiones, estratificación y otras clasificaciones de usuarios, etc.

La dimensión y riesgo que ello supone desde la perspectiva del tratamiento y protección de los datos personales es lo que justifica, en esta parte final del trabajo, una referencia específica a la cuestión, en cuanto que los contratos de suministro digital se presentan como el instrumento jurídico para canalizar en muchos casos estas cesiones de datos personales.

Entre las incertidumbres a que se enfrenta el consumidor en este panorama destaca la imposibilidad real de conocer el destino final de sus datos personales, los tratamientos a que, en otras jurisdicciones territoriales con marcos regulatorios

terceros cada vez que utilizan estos servicios. Además de estos dos grupos de empresas, se utiliza también el acrónimo NATU (en referencia a las empresas Netflix, Airbnb, Tesla, Uber), como ejemplo de grandes empresas que han sido particularmente disruptivas en sus respectivas industrias, destacando entre ellas la primera, Netflix, que ha modificado profundamente el mercado del suministro en *streaming* de contenidos audiovisuales suministrados digitalmente. Emarketerz. (31 de diciembre de 2023). *GAFAM, BATX, NATU : définition et quelles différences ?* https://www.emarketerz.fr/gafam-batx-natu-definition-differences/. Verificado el 20 de octubre de 2024.

[15] "Si sus millones de usuarios fueran suficientemente conscientes del modo como en las GAFAM se trata su información personal y consintieran ese tratamiento con pleno conocimiento de causa, poco habría de qué preocuparse. El problema es que en excesivas ocasiones, los usuarios ignoran el uso que estas empresas hacen de sus datos y los que llegan a leer las políticas de privacidad y entenderla, acaban resignados y aceptando la situación porque hay poco margen de actuación, al no existir hoy por hoy alternativas viables a la GAFAM". García Mexía, P. y Perete Ramírez, C. (2016:186). Esta última consideración creemos que sigue siendo válida ocho años después.

muy diferentes, pueden ser sometidos, las posibilidades de acceso a los mismos de las autoridades públicas, etc. A ello se refiere Cervera Navas (2018) incidiendo en la falta de aplicación efectiva de la normativa de protección de datos[16].

Ello no es únicamente consecuencia de la particular estructura y funcionamiento de Internet, que ha sido definido como "un océano de datos sobre una red lógica universal que agrupa distintas redes nacionales" enormemente inseguro, ambivalencia que genera tensión en unos consumidores deseosos de realizar transacciones *on*-line pero al tiempo, enormemente desprotegidos[17]. Es también consecuencia de las propias vicisitudes corporativas de esos gigantes empresariales, y de las sucesivas compras, fusiones o absorciones que protagonizan, que determinan el traspaso patrimonial de todos los activos -incluida la información personal de los clientes- de las empresas vendidas a las adquirente[18]. Siendo cierto que estos procesos deberían conllevar la cancelación y borrado de los datos personales de los clientes durante el proceso de adquisición, ello no deja de ser un desiderátum cuando es precisamente el valor de esa información personal de los clientes la determinante del valor de la empresa, y lo que determina precisamente su adquisición por otra que espera beneficiarse de importantes sinergias gracias a los mismos.

La preocupación sobre el funcionamiento de estas grandes plataformas, como hemos referido, ha sido abordada por el legislador de la Unión mediante el RSD, incluyendo garantías importantes, no tan específicamente dirigidas a la Protección de datos personales de los usuarios y destinatarios de las plataformas, pero que también inciden y refuerzan dicho régimen (por ejemplo en relación con

[16] Cervera Navas (2018:71) señala como las empresas gigantes de Internet se han amparado durante años en una falta de aplicación efectiva de la normativa de protección de datos, que ha permitido que aparezcan *vertederos de información personal* en la nube de los que ellos mismos se lucran. Afirma que en ocasiones los servidores en que se conservan los datos se encuentran situados en terceros sin normativa específica sobre de protección de datos, lo que supone que los ciudadanos europeos quedan expuestos al acceso por las agencias de seguridad e inteligencia de otros estados sin apenas restricciones. (Cervera Navas. 2018:71).

[17] Barrio Andrés, M. (2017:41).

[18] Un caso paradigmático fue la adquisición de Instagram por Facebook: "The Instagram-Facebook merger had the attributes of the classic free bait and switch critiqued […: Users were lured to a service because of its goodwill and other qualities, only to be surprised later when that service was purchased by the very competitor consumers had wished to avoid. Suddenly, the undesirable firm came into possession of the users' personal information and other material uploaded to the competitor's site, and the information thereby became subject to shifting privacy policies" (Hoofnagle, Whittington. 2014:668).

la publicidad de las plataformas *online,* prohibiendo expresamente la publicidad segmentada en función de datos personales especialmente protegidos –considerando 69 RSD- o en relación con los códigos de conducta sobre publicidad –considerando 107 RSD-, la intervención de las autoridades de protección de datos en el control del cumplimiento de las obligaciones que el RSD impone a las plataformas –considerando 143 RSD-, u obligaciones de protección más intensa de datos personales de menores –considerando 71 RSD-).

En el mismo sentido, las preocupaciones descritas se han traducido también en una serie de prohibiciones introducidas el artículo 5 del RMD, en relación con las actividades que estas plataformas pueden realizar en cuanto al tratamiento de los datos de sus usuarios. Aunque se han mencionado en el capítulo segundo, merece la pena una mención específica de esta normativa, que se suma a otros avances en la delimitación del alcance de determinadas bases jurídicas para el tratamiento de datos como las establecidas por el TJUE en las sentencias META a que se hará referencia más adelante.

El artículo 5 RMD impone a los "guardianes de acceso" (que, conforme al RMD, son las empresas prestadora de servicios básicos de plataforma que han sido designadas como tales al cumplir los requisitos del artículo 3 del RMD, entre ellos el tener una gran influencia en el mercado interior, ser un punto de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y tener una posición afianzada y duradera, requisitos que se entiende los reúnen las plataformas que alcancen los importantes volúmenes de negocio o de usuarios que cifra dicho artículo del RMD).

Cuando reúnan esa condición de guardianes de acceso, las plataformas de acceso tienen prohibidos determinados tratamientos de los datos de sus usuarios que se describen en el artículo 5, apartado 2, RMD[19], lo que en definitiva viene a

[19] "2. El guardián de acceso se abstendrá de realizar lo siguiente: a) tratar, con el fin de prestar servicios de publicidad en línea, los datos personales de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros que hagan uso de servicios básicos de plataforma del guardián de acceso; b) combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma pertinentes con datos personales procedentes de cualesquiera servicios básicos de plataforma adicionales o de cualquier otro servicio que proporcione el guardián de acceso o con datos personales procedentes de servicios de terceros; c) cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, entre ellos otros servicios básicos de plataforma, y viceversa, y d)

limitar la posibilidad de combinar los datos del mismo usuario obtenidos de servicios diversos prestados por la misma empresa, o utilizar los datos de terceros que utilicen los servicios de la plataforma con fines de personalizar los servicios de publicidad.

Estas prohibiciones dan muestra de las enormes posibilidades que tienen las referidas empresas que gestionan las plataformas hegemónicas en el mundo, no solo por el volumen de datos personales de disponen, sino también por las sinergias que alcanzan desde su privilegiada posición de intermediadores en el mercado del comercio digital entre proveedores y consumidores, así como de su hegemónica posición a nivel mundial en la prestación de servicios de redes sociales, comunicación o navegación por Internet entre otras.

De Miguel Asensio (2024b) resalta la extensión de los que denomina "modelos de pago", aquellos en que estas plataformas en línea, para permitir la utilización de sus servicios en línea, permiten al consumidor optar entre el pago de una cantidad de dinero o prestar su consentimiento a tratamiento de sus datos personales por el prestados del servicio, señalando la gran expansión que en los últimos tiempos han tenido los modelos de "consentimiento o pago", lo que según dicho autor, son "ilustrativo de la relevancia de ese tipo de publicidad en el marco del ofrecimiento de servicios digitales y de la puesta a disposición de contenidos en línea, así como de la relevancia del tratamiento de amplios volúmenes de datos en relación con el desarrollo de herramientas predictivas".

Ello tiene especial interés en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que en la modalidad que se analiza en este capítulo se prestan no a cambio de una contraprestación pecuniaria, sino de la cesión del uso de los propios datos personales del cliente. Es el supuesto referido por De Miguel Asensio, y es una realidad hoy amplísimamente extendida en la prestación de servicios por parte de estas plataformas digitales. De ahí el interés en estudiar las implicaciones que la protección de datos personales de los consumidores tiene en los mismos, las especiales previsiones que al respecto contiene la DCSD, y las

iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales". Artículo 5, apartado 2, RMD.

especialidades que, a efectos del cumplimiento del RGPD, deben tenerse en consideración al tratar la ejecución de los contratos de suministro digital.

Esta dificultad para el control sobre la propia información por parte del consumidor en su relación con las plataformas digitales, en la vinculación que con ellas articula a través de los contratos de suministro digital, adquiere una especial relevancia en relación con los servicios de redes sociales. Son servicios de comunicación y contacto en la red de multitudinaria utilización por internautas, muchos de ellos sin plena capacidad de obrar, que, constituye un tipo de servicio digital muy específico ofrecido por los ISP (proveedores de servicios en Internet), a través de los cuales los usuarios comparten -pero también ceden al prestador del servicio- gran cantidad de información personal a diario, incluyendo imágenes que constituyen auténticos datos de carácter personal.

Ello es así desde el inicio de la relación contractual -el alta en el servicio, con la configuración del perfil personal de usuario-, hasta la diaria utilización para compartir con los demás usuarios conectados datos sobre actividades cotidianas, viajes, o meros estados de ánimo. La publicación de los datos por los usuarios es plenamente voluntaria, y está amparada por una aceptación inicial de condiciones generales que ampara al proveedor del servicio. Son casos paradigmáticos en que el usuario del servicio desconoce con exactitud el destino o ubicación de sus datos, la legislación que les resulta aplicable, y el alcance de la revocación del consentimiento aparejada a una resolución del acuerdo o contrato inicialmente establecido.

Desde el momento en que la utilización de las redes sociales se articula a través de contratos de servicios digitales que el consumidor o usuario concluye con la empresa gestora de la red, resultan relevantes las previsiones de la DCSD en cuanto a la obligación de cumplimiento de las obligaciones que, en relación con los datos personales, impone el RGPD, así como en relación con la base legitimadora del tratamiento de datos personales que dichos contratos proporcionan.

Los contratos de uso de las redes sociales se concluyen por los usuarios de manera constante, y en ellos se establecen verdaderos regímenes de derechos y obligaciones de las partes, así como de resolución de disputas entre la plataforma y el usuario, de los que este no llega en muchos casos a ser consciente. A ello

contribuye en buen medida, dos preocupantes tendencia que se han generalizado en varias de estas redes sociales, como son la falta absoluta de formalismo que rodea a estos contratos digitales, y la "hipersimplificación" del lenguaje jurídico en los términos de servicios de las grandes plataformas gestoras de redes sociales, dos tendencias que han sido señaladas como una realidad preocupante[20]. Ello haría que los contratos de suscripción a una red social de una gran plataforma se conviertan prácticamente en documentos sin sentido que pasan prácticamente desapercibidos para el usuario, que los suscribe o perfecciona mediante una simple interacción con un botón virtual en la pantalla de su dispositivo (los contratos *clickwrap* ya referidos)[21].

Estas cuestiones fueron objeto de la sentencia *Lindqvist*[22] del TJUE, que ya en 2003 estableció, en referencia a la utilización de redes sociales, que incluso la inclusión en estas de datos de terceras personas constituía un tratamiento automatizado de datos personales sometido a la entonces vigente Directiva 95/46/CE, por cuanto esa publicación determinaba que los datos quedasen accesibles a una pluralidad de personas, y ello aun cuando dichos datos fuesen personales o domésticos, y no se publicasen con una finalidad lucrativa. Como veremos, a esta han seguido otros importantes pronunciamientos del TJUE sobre la legitimación de ciertos tratamientos de datos que efectúan las plataformas digitales a que nos venimos refiriendo.

Como ha sido subrayado, la idea de control sobre los propios datos es esencial para generar la confianza del ciudadano, y para que pueda hacerse efectiva la protección de ese derecho. Está relacionada con la percepción de invasión de la privacidad, que se aminora si, pese a haber cedido los datos propios a un tercero, se mantiene la percepción de que se controla el uso que se haga por el tercero de esos

[20] Ande, Laura (17 de mayo de 2023). The Invisible Contract. Rethinking the Principle of Informality on Social Media Platforms. *Verfarssungsblog on matters constitutional*. https://verfassungsblog.de/the-invisible-contract/ . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[21] Ibidem.

[22] Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist,* C-101/01, ECLIEU:C:2003:596, parte dispositiva: "La conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos."

datos. La cuestión tiene que ver con el consentimiento para la divulgación o reproducción de información personal y de la propia imagen. En definitiva, el vínculo entre el sentido de privacidad y el bienestar personal, la vinculación entre mantener el control sobre el nivel de privacidad y el sentimiento subjetivo de preservación de la propia identidad y dignidad personal, y en definitiva, la libertad de autodeterminación informativa.[23]

La protección de los datos personales sin embargo no es un derecho absoluto, como ha sido reiteradamente afirmado, y el derecho de la persona a la protección se refiere lógicamente a las intromisiones no justificadas o ilegítimas, de modo que una protección excesiva se convertiría, como ya señalado Gayo Recio (2016:149), en "una barrera inasumible tanto para el comercio, como para la innovación e incluso el ejercicio de las potestades que corresponden a las Administraciones Públicas".

Este cambio en la forma de comunicación e interactuación personal, donde prima la inmediatez, la desaparición de distancia y tiempo en la comunicación, la capacidad de cada individuo para elaborar y transmitir información a través de los incontables medios tecnológicos a su disposición, determina y promueve esa mayor incertidumbre en cuanto a la adecuada protección de la información personal[24].

Ha sido también señalada la insuficiente regulación del tratamiento a gran escala de datos de carácter personal, cuando la normativa de la UE tradicionalmente ha abordado su tratamiento desde una óptica individualizada, y no tanto

[23] Sobre la importancia de la idea de control sobre el uso de los datos, véase Piñar Mañas, J.L. (2010:17) que resalta el papel central que en la privacidad ocupa la idea de control –lo que se ha denominado la autodeterminación informativa. Según este autor, esa idea de control debe ponerse en estrecha relación con el consentimiento del interesado, como título esencial que justifica la injerencia en nuestra privacidad, sin perjuicio de otros casos excepcionales en que se permite el uso legítimo de la información personal sin su consentimiento. Incluso menciona el autor que estudios empíricos han demostrado que para el individuo ese control es capital: "se ha constatado que quienes perciben que mantienen el control sobre el uso que se hace de sus datos tras haberlos facilitado a un tercero sienten su privacidad menos invadida que quienes piensan que han perdido el control sobre ellos. De hecho, la violación del derecho de una persona a controlar su esfera privada, sea ésta física o informativa, constituya el factor más importante para que se sienta invadida la privacidad."

[24] Garriga Domínguez (2016:20) menciona el impacto que en la forma de comunicarnos e interactuar con otras personas ha tenido la expansión de la web 2.0., desapareciendo las restricciones de tiempo y espacio en una comunicación donde cada usuario puede ser emisor y difusor de información a través de las redes sociales, foros, blogs y bitácoras, expresada en forma de textos, sonidos o imágenes propios y de terceros, acompañadas de valoraciones, descripciones y opiniones. En esa interacción el usuario puede vulnerar los por ejemplo el derecho a la intimidad, al honor o a la protección de datos de terceros, sin tener consciencia del impacto de ello, al no ser profesionales del derecho ni de la información.

considerando los casos de tratamientos sistemáticos por empresas de los datos obtenidos de sus clientes, en el marco de un procesamiento masivo.

Se ha afirmado por todo ello que el RGPD carece de mecanismos eficaces para controlar la elaboración de perfiles por parte de las empresas,[25] que enlazando con lo ya dicho, constituye cada vez más el valor añadido de los tratamientos de datos masivos, y que los titulares siguen careciendo de instrumentos para poder controlar esa forma, cada vez más generalizada, de explotación de sus datos, una vez los ha cedido puntualmente para con una concreta finalidad contractual, que comprende una autorización para el tratamiento comercial de los mismos. Y ello pese a la regulación de las decisiones basadas en tratamientos automatizados de los datos que sí recoge el RGPD, por ejemplo en su artículo 4, apartado 4. Sin embargo, el particular no tiene un verdadero control de lo que se hace ni del destino final de sus datos, como ya hemos señalado.

También debe recordarse que llegó en algún momento a considerarse que la materia podía ser controlada a través de mecanismos de autorregulación, dadas las dificultades de principio que comporta el carácter transnacional y la insuficiencia de soluciones normativas nacionales. Como código de autorregulación (u otro instrumento), se entiende el conjunto de normas de protección de datos que se aplican a una pluralidad de responsables de tratamiento pertenecientes a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por miembros del sector industrial o profesión en cuestión[26]. Pese a seguir considerándose un medio de regulación a impulsar, y aun llamado a jugar un papel importante, también ha sido constatado que no se han alcanzado los niveles esperados ni en la Unión Europea ni en los EE.UU. territorios en los que se

[25] "Hay pocos instrumentos en manos de los ciudadanos para conocer y decidir sobre la forma en que se utilizan sus datos, una vez cedidos al proveedor. Las decisiones basadas en tratamientos automatizados de datos se recogen en el Reglamento [RGPD], pero con una definición amplia y, únicamente, en línea de principios". (Barrón Arniches, 2019:34)

[26] Definición contenida en el informa del denominado "Grupo de Trabajo del Artículo 29", creado en el seno de la Comisión europea por la Directiva 96/25/CE. Documento de trabajo nº. 7, 14 de enero de 1998. DG XV D/5057/97 final. WP 7. Pág. 2 https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp7_es.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

consideró una vía esperanzadora para superar las diferencia regulatorias en materia de protección de datos.[27]

El mundo al que nos dirigimos acrecentará esta sensación de desprotección sobre el uso de la información personal si no se ataja de manera efectiva la insuficiencia normativa que supone una legislación que se ve impotente de avanzar, no ya a la misma velocidad, sino a una medianamente aproximada a la de la revolución tecnológica en curso. El consumidor se enfrenta a un desenvolvimiento personal inmerso en lo que Garriga Domínguez (2016) denomina una "red ubicua", carente de transparencia e incluso visibilidad, pero absorbente en todo momento de cualquier información o dato generado por el particular[28].

A su vez Gayo Recio (2016:152) insiste en que resulta esencial disponer de normas claras y efectivas para la nueva economía de Internet, establecidas tanto en favor de empresas como de particulares, buscando garantizar la protección de datos personales o la privacidad con una proyección y efectividad internacional, para evitar obstáculos a la innovación "que puedan dar a lugar a que las personas se vean privadas de nuevos productos o servicios, e incluso que los países pierdan ingresos económicos y competitividad"..

[27] Recio Gayo (2016:113): "Si bien la autorregulación en materia de protección de datos no ha alcanzado los niveles esperados ni en la Unión Europea ni en los Estados Unidos de América, no puede descartarse de ninguna manera dicha solución ya que, en gran medida, las normas corporativas vinculantes parten de la posibilidad de autorregularse. Incluso la autorregulación forma parte de las soluciones propuestas a nivel euroepo para tratar algunas cuestiones tecnológicas que son fundamentales para el *big data,* la Internet de las Cosas, la movilidad y otros beneficios." Sobre la perspectiva estadounidense, véase Hoofnagle (2005:15, que también incide en el fracaso de la apuesta a favor de la autorregulación por parte de la Federal Trade Commission: "The FTC should abandon its faith in self-regulation. Self-regulatory systems have served to stall Congress while anesthetizing the public to increasingly invasive business practices. Self-regulation has only been reliable in promoting privacy notices, the least substantive aspect of privacy protection. The public's, and even the FTC's own conception of Fair Information Practices, commands a broader array of privacy protection including access, choice, security, and accountability".

[28] "El conjunto de tecnologías disponibles formarían una red ubicua caracterizada por "una activación automática de conexiones entre objetos equipados con sensores o etiquetas inteligentes, capaces de detectarse y entrar en comunicación". Esta recolección de datos omnipresente se caracteriza por su falta de visibilidad y transparencia motivada por diversos factores: el propio diseño de la tecnología, que busca ser intuitiva y le resta control al usuario y la multitud de actores e intermediarios involucrados, tanto del ámbito público como privado. De esta forma cada vez estará menos claro quién tiene el control de los datos y quién tiene acceso a ellos con la consiguiente falta de transparencia". Garriga Domínguez, A. (2016:152).

2.- La reacción de la Unión Europea: la normativa sobre Protección de datos personales y no personales, desde las necesidades del comercio digital

Este problema fue también señalado por la Comisión Europea en la Estrategia MUD, en dos planos distintos. Por un lado, en relación con los riesgos asociados a la seguridad informática y la ciberdelincuencia, que socavan de manera muy importante la confianza de los ciudadanos en las transacciones comerciales en línea. Es este aspecto la Unión Europea avanzó con la aprobación en 2016 de la Directiva (UE) 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (Directiva SR1)[29]. Pero como la ciberseguridad y las técnicas y procedimientos de protección de la información digital avanzan casi al mismo paso que la innovación en esta última, dicha Directiva de 2016 fue derogada y reemplazada en 2022 por la Directiva (UE) 2022/2555[30] (Directiva SR2)[31].

Por otro lado, la Estrategia MUD también exponía los riesgos anudados a la actuación de lo que ya por entonces eran las grandes plataformas que operaban en el mercado digital (a que nos referimos con más detalle en el capítulo anterior),

[29] Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. DOUE L 194, 19.7.2016, pág. 1. La preocupación por parte de los legisladores de la Unión Europea no se circunscribía al ámbito del comercio electrónico, como revela la comunicación conjunta de las Instituciones que había sido adoptada en 2013 (Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro". Bruselas, 7 de febrero de 2013. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013JC0001&from=EN JOIN(2013) 1 final.

[30] Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) nº 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (conocida como Directiva SRI 2). DOUE L 333, de 27.12.2022, p. 80.

[31] El considerando tercero de esta Directiva (UE) 2022/2555, en relación con las repercusiones de las ciberamenazas no solo en el funcionamiento de las redes de comunicación, sino también en el comercio electrónico y otras actividades económicas, afirma lo siguiente: "[l]os sistemas de redes y de información se han convertido en un aspecto crucial del día a día gracias a la velocidad de la transformación digital y la interconexión de la sociedad, también en los intercambios transfronterizos. Esta evolución ha causado una expansión del panorama de las ciberamenazas, con la consiguiente aparición de nuevos desafíos que requieren respuestas adaptadas, coordinadas e innovadoras en todos los Estados miembros. El número, la magnitud, la sofisticación, la frecuencia y los efectos de los incidentes van en aumento y representan una grave amenaza para el funcionamiento de los sistemas de redes y de información. Como consecuencia de ello, los incidentes pueden interrumpir las actividades económicas en el mercado interior, generar pérdidas financieras, mermar la confianza de los usuarios y ocasionar grandes daños a la economía y la sociedad de la Unión".

señalando, más que los problemas relativos a la falta de información sobre el tratamiento de datos personales, el riesgo que las mismas representaban por su capacidad de control del acceso a los mercados digitales gracias al hoy denominado *Big data* o tratamiento masivo de datos de clientes con fines de elaboración de perfiles (*profiling*), o el *data mining* carentes por completo de transparencia y con un impacto muy negativo sobre pequeñas y medianas empresas europeas, que veían enormemente mermada su capacidad negocial frente a estos competidores[32].

La Unión Europea ha dado pasos normativos importantes, con la adopción en 2018 del nuevo Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas[33] (CECE), que junto a otras normas adoptadas mediante legislación delegada (como un Reglamento delegado de la Comisión adoptado en diciembre de 2020[34], y una Recomendación a los operadores de referencia[35]), viene a adaptar estos servicios a los cambios demandados por los consumidores, que no se limitan a demandar una

[32] "Aunque su impacto depende de los tipos de plataforma afectados y de su poder de mercado, algunas plataformas pueden controlar el acceso a los mercados en línea y pueden ejercer una influencia significativa en la manera en que son remunerados distintos agentes del mercado. Esto ha dado lugar a una serie de preocupaciones sobre el creciente poder de mercado de algunas plataformas. Entre ellas figuran la falta de transparencia sobre la manera en que utilizan la información que obtienen, su fuerte poder de negociación frente al de sus clientes, que puede reflejarse en sus términos y condiciones (especialmente para las PYME), la promoción de sus propios servicios en detrimento de los competidores y la falta de transparencia de las políticas de precios, o restricciones en la fijación de precios y condiciones de venta. […] Algunas plataformas en línea han evolucionado hasta convertirse en actores que compiten en muchos sectores de la economía y el modo en que utilizan su poder de mercado suscita una serie de cuestiones que requieren un análisis que vaya más allá de la aplicación de la legislación sobre competencia en casos concretos". Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa", 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192 final, pág. 13.

[33] 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). DOUE L 321, de 17.12.2018, pág. 36.

[34] Reglamento Delegado (UE) 2021/654 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2020 por el que se complementa la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de una tarifa única máxima de terminación de llamadas de voz en redes móviles a escala de la Unión y una tarifa única máxima de terminación de llamadas de voz en redes fijas a escala de la Unión. DOUE L 137, 22 de abril de 2021.

[35] Recomendación de la Comisión de 18 de febrero de 2020, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con 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. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-updated-recommendation-relevant-markets .

mayor capacidad, sino a cambios sustantivos en el modo de utilizar dichos servicios, como pone de relieve el considerando 15[36].

Otra cuestión que adquiere progresiva importancia es la regulación del tratamiento de los datos de carácter no personal. Hoy es una realidad que constituyen también un activo económico cada vez de mayor importancia para las empresas que desarrollan su actividad en el ámbito tecnológico, particularmente aquellas que, por su tamaño y posición dominante en el mercado, están en situación de obtener y tratar grandes cantidades de datos. Entre ellos, los generados y transmitidos por la multitud de dispositivos conectados que hoy utilizan habitualmente buena parte de los ciudadanos, que forman parte del llamado IoT. Incluyen desde vehículos conectados en tiempo real (para recibir datos de navegación o enviarlos sobre el tráfico), a los propios dispositivos personales de muñeca con los que medimos nuestra actividad física diaria y, cada vez, más electrodomésticos como televisiones, asistentes personales de voz, frigoríficos, etc.

El legislador de la Unión, consciente del valor económico que también presentan estos datos no personales, no ha dejado de prestarles atención y adoptar disposiciones específicas para regularlos, que en algún aspecto incide directamente sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Pero centrándonos en el objeto principal de este capítulo, debe recordarse que la UE fue pionera en la regulación de la protección de datos, cuando siendo aún Comunidad Europea aprobó en 1995 la Directiva 95/46/CE[37], norma que fue innovadora y vanguardista. Los primeros pasos se habían dado años antes con la firma del Convenio 108 del Consejo de Europa (28 de enero de 1981), pero la Directiva 95/46 armonizó en los entonces doce EEMM una materia de incipiente regulación mundial, con un carácter sustantivamente protector previendo los

[36] "Los servicios utilizados en las comunicaciones y los medios técnicos empleados para ello han evolucionado considerablemente. Los usuarios finales sustituyen cada vez más la telefonía vocal tradicional, los mensajes de texto (SMS) y los servicios de correo electrónico por servicios en línea de función equivalente, como voz sobre IP, servicios de mensajería y servicios de correo electrónico basados en la red". Considerando 15 de la Directiva (UE) 2018/1972

[37] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOUE L 281 de 23.11.1995.

riesgos que los avances tecnológicos ya entonces disponibles, comenzaban a hacer realidad el tratamiento masivo de datos personales.

Con posterioridad a la regulaciones establecida por la Directiva 95/46/CE, la protección alcanzó, en el Derecho de la UE, la naturaleza de derecho fundamental autónomo, recogido en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[38]. La Carta fue proclamada solemnemente en 2000 en Niza por el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo y la Comisión, y a la que el Tratado de Lisboa de 2007 le dio el mismo valor que el Derecho primario[39].

Como señala Hidalgo Cerezo (2020:122), la protección de datos constituye un derecho fundamental autónomo en el Derecho primario de la UE, pero tiene sus raíces en dos derechos fundamentales previos de larga raigambre: el derecho a la vida privada y el derecho a la intimidad.

La evolución en la normativa UE sobre protección de datos dio un paso muy importante con la reforma en 2016 con el Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos[40] (RGPD) trata de asumir un avance tecnológico que en apenas 20 años había vuelto la legislación adoptada en 1995 claramente insuficiente. Pero dado que la transformación del fenómeno a regular seguía evolucionando y la evolución es constante, la reforma introducida por el RGPD tuvo que ir más allá de un mero "parcheado" que se limitase a resolver las insuficiencias del modelo anterior establecido por la Directiva. Se apunta ya que más allá de los cambios económicos que han supuesto la revolución tecnológica en la sociedad actual o los hábitos sociales de la población, los fenómenos más recientes como el desarrollo del *Big data*, el IoT, la IA, o la robotización o aprendizaje de máquinas, que son considerados como la antesala de una auténtica cuarta revolución industrial, requerían nuevos planteamientos por parte del legislador.

[38] DOUE C 202 de 7 de junio de 2016.

[39] El nuevo artículo 6 TUE, modificado por el Tratado de Lisboa, proclama que "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados".

[40] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DOUE L 119 de 4.5.2016.

El estado de la cuestión que se viene exponiendo pretender resaltar la importancia que una ordenada regulación del derecho a la protección de datos personales tiene en la confianza del consumidor, elemento angular para una la esperada expansión del comercio electrónico, en la que han de tener un importante protagonismo, entre otros, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Es necesario por tanto analizar la interacción de la nueva regulación establecida por las directivas DCSD y la DCL sobre la materia, y los problemas que puede suscitar su aplicación.

Indagar los antecedentes de estas normas nos debe llevar a la Comunicación de la Comisión de 2008, sobre los contenidos creativos en línea en el mercado único.[41] Dicha comunicación obedecía al convencimiento, en aquel momento de comienzo de expansión de la oferta de contenidos creativos por Internet, de que la Unión debía aplicar políticas que promovieran el desarrollo de los nuevos servicios y modelos empresariales para la creación y circulación de contenidos y conocimientos en línea, que por entonces se definieron como "los contenidos creativos distribuidos en línea" (refiriéndose a los medios de comunicación en línea -incluyendo TV, música o radio, juegos en línea y otro tipo de contenidos). Se trataba de anticipar la Comisión a la enorme importancia económica que, con el tiempo, adquiriría la distribución en línea de tales contenidos.

Por entonces la Comisión identificó cuatro obstáculos al desarrollo de esta distribución de contenidos, si bien no propuso en aquel momento instrumentos o medias concretas para abordarlos. Los obstáculos eran:

- la falta de contenidos disponibles para su distribución por Internet (dado el temor de creadores y titulares de derechos a perder el control ante la facilidad de circulación y copia de contenidos en la red, así como el elevado coste de transacción que comportaba la adquisición de derechos);

[41] Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre los contenidos creativos en línea en el mercado único, 3 de enero de 2018, COM (2007) 836 final.

- la dificultad que suponía para los proveedores de contenido tener que adquirir licencias distintas en cada Estado miembro, y la necesidad por tanto de crear sobre los derechos de autor de validez pluriterritorial:

- la necesidad de una mejor interoperabilidad de los sistemas de gestión de derechos digitales, y, finalmente,

- la necesidad de mejorar la lucha contra la piratería en Internet, como principal amenaza sobre los Derechos de autor.

Diversos documentos y comunicaciones, elaborados al inicio de la primera década de este siglo, fueron sentando las bases para un auténtico mercado único digital en la Unión. Ya se citaba dicha denominación en la Comunicación de la Comisión "Europa 2020"[42], y en ello había también incidido el informe que se encargó elaborar a Mario Monti que se presentó en mayo de 2010,[43] dirigido al Presidente de la Comisión. En él se citaban, entre las medidas que debían afrontarse para reforzar el mercado interior, la creación de un "mercado único digital europeo", como solución a los obstáculos detectados en Europa de las nuevas tecnologías en comparación con el avance a mayor velocidad que se estaba produciendo en los EE.UU.; resultaba necesario atajar, según ese informe Monti, la fragmentación de los mercados en línea, la inadecuada legislación sobre propiedad intelectual, la falta de interoperabilidad y de confianza, la falta de infraestructura para la transmisión de datos a alta velocidad, y la falta de cualificación digital. Igualmente, en el más reciente Informe Draghi, encargado en 2024 por la Presidenta de la Comisión Úrsula Von der Layden al político y economista italiano, también se alude a la necesidad de

[42] Comunicación de la Comisión "EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador". COM (2010) 2020 final. Bruselas, 3 de marzo de 2010. Entre los objetivos propuestos en ese programa se incluía "«Una agenda digital para Europa», con el fin de acelerar el despliegue de internet de alta velocidad y beneficiarse de un mercado único digital para las familias y empresas" (pág. 6). (pág. 6).

[43] Informe al Presidente de la Comisión, de 9 de mayo de 2010, elaborado por Mario Monti y titulado «Una nueva estrategia para el mercado único - Al servicio de la economía y la sociedad de Europa»,

digitalizar la economía de la UE, como uno de los elementos fundamentales para asegurar la competitividad de la UE en el futuro inmediato[44].

La utilización a gran escala de los datos, personales o no, relacionados con el comercio electrónico y la economía digital es una realidad a la que la UE no puede dar la espalda. La denomina "economía de los datos" es vista en Europa, como una palanca de desarrollo económico en esta nueva economía, si bien es deseable que su desarrollo tenga lugar como una "ciencia abierta" en palabras de la Comisión Europea, que se refirió a ello en la ya tratada Estrategia MUD, en este caso como un objetivo a regular y normalizar, que necesita para su desarrollo una escala suficiente a fin de que pudiese obtenerse el potencial que ofrecía[45].

Queda ilustrada esta importancia a la vista del Reglamento (UE) 2023/2854[46], sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, que adoptado durante la última Presidencia de turno española del Consejo de la UE, ha venido a imponer a los Estados miembros normas comunes sobre el la estandarización, accesibilidad, seguridad e intercambio de datos de los productor y de servicios relacionados, sean de carácter personal o no (e incluyendo, principalmente, los generados por el IoT).

En este sentido es sugestiva la idea del desarrollo de una quinta libertad esencial en la Unión Europea, la libre circulación de datos personales, unida al desarrollo de un esquema de tratamiento y almacenamiento de datos en la denominada nube (*Cloud computing*)[47]. La Comisión Europea ha expuesto también

---

[44] Informe "*The Furutre of European competitiveness".* Mario Draghi. Septiembre 2024, pág. 14. https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en . Verificado el 20 de octubre de 2024.

[45] Estrategia MUD, pág. 16. Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa", 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192 final.

[46] Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828. DOUE L, de 22.12.2023. Su considerando primero declara lo siguiente: *En los últimos años, las tecnologías basadas en los datos han tenido efectos transformadores en todos los sectores de la economía. En particular, la proliferación de productos conectados a internet ha aumentado el volumen y el valor potencial de los datos para los consumidores, las empresas y la sociedad. Los datos interoperables y de alta calidad de diferentes ámbitos incrementan la competitividad y la innovación y garantizan un crecimiento económico sostenible. Los mismos datos pueden utilizarse y reutilizarse para diversos fines y de modo ilimitado, sin pérdida de calidad o cantidad*.

[47] A esta posible nueva quinta libertad se ha referido recientemente el informe Letta, encargado por el Presidente del Consejo Europeo al ex presidente italiano, en relación con el futuro del mercado interior.

en esta área su intención de adoptar iniciativas que contrarresten la importante ventaja de las plataformas estadounidenses, y aseguren un entorno normativamente "seguro" en el territorio de la Unión Europea.[48] También iniciativas gubernamentales de los Estados miembros se desarrollan desde 2019, para avanzar hacia ese objetivo.[49]

Debe hacerse igualmente mención a la Comunicación presentada el 19 de febrero de 2020 por la Comisión Europea, "Una estrategia Europea de Datos",[50] sobre la que vuelve a gravitar la idea ya expuesta de la desconfianza de los ciudadanos en las innovaciones tecnológicas que comportan una cada vez mayor utilización de sus datos[51]. Asimismo, se constata en dicha comunicación el momento de enorme transformación que se vive actualmente en el sector de servicios digitales, en cuanto al modelo de almacenamiento y análisis de los datos, que está variando desde un modelo de conservación y análisis centralizado en instalaciones informáticas, a otro en que los datos se utilizarán en los propios objetos inteligentes conectados a la red (electrodomésticos, coches, etc.), o en instalaciones informáticas ubicadas en la proximidad del usuario.

Sin embargo, en este informa se alude a algo diferente, ya que esta posible quinta libertad se refiere, en este informe, al reforzamiento de la investigación, la innovación la educación en el mercado único, con una indudable dimensión relativa al ámbito de la economía de los datos y las grandes plataformas. Informe "Much more than a Market. Speed, Security, Solidarity". Enrico Letta, abril de 2024, pág. 7. Disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf . Verificado el 20 de octubre de 2024.

[48] Puede mencionarse la declaración *Building the next generation cloud for businesses and the public sector in the EU* el 15 de octubre de 2020, firmada por los 27 estados miembros en el marco del Consejo de Ministros de Telecomunicaciones y Política Digital del Consejo de la UE.

[49] Así por ejemplo el proyecto Gaia-X, iniciativa alemana hoy con participación francesa. Véase el documento: https://www.data-infrastructure.eu/GAIAX/Redaktion/EN/Downloads/franco-german-position-on-gaia-x.pdf?__blob=publicationFile&v=4

[50] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Una Estrategia Europea de Datos", Bruselas 19. 2. 2020, COM(2020) 66 final

[51] Ibidem, pág. 1: "La innovación basada en los datos reportará enormes beneficios a los ciudadanos, por ejemplo, mediante la mejora de la medicina personalizada, la nueva movilidad y su contribución al Pacto Verde Europeo. En una sociedad en la que las personas generarán cantidades cada vez mayores de datos, la manera en que se recogen y utilicen los datos debe situar los intereses de la persona en primer lugar, de conformidad con los valores, los derechos fundamentales y las normas europeos. Los ciudadanos solo confiarán y harán suyas las innovaciones basadas en los datos si confían en que todo intercambio de datos personales en la UE estará sujeto al pleno respeto de sus estrictas normas en materia de protección de datos. Al mismo tiempo, el volumen cada vez mayor de datos industriales no personales y de datos públicos en Europa, junto con el cambio tecnológico en el modo de almacenamiento y tratamiento de los datos, constituirá una fuente potencial de crecimiento e innovación que debe aprovecharse."

Supone el paso a un modelo económico donde los datos estarán en la base de nuevos productos y servicios esenciales: una verdadera economía de los datos[52]. Ante ello, se plantea la necesidad de crear un espacio único europeo de datos, tanto personales como no personales -ahí el otro cambio fundamental-, abierto a datos procedentes de todo el mundo, para lo cual debe abordarse la fragmentación existente entre los Estados miembros en cuanto al marco jurídico, la cantidad insuficiente de datos disponibles para su reutilización por el público en general -como nuevo motor de innovación y desarrollo- la accesibilidad a la utilización por empresas de datos del sector público -G2B- y el intercambio de los mismos entre empresas B2B, o el acceso también por las administraciones a los datos de los particulares -B2C-. La estrategia que se plantea va en la línea de avanzar en la mejora de esas debilidades detectadas, en la creación de espacios de datos europeos y plena interconexión, inexorablemente en la nube (se habla, entre las medidas clave, de la creación de una "federación europea de infraestructuras en la nube, y sus servicios conexos.

El concepto de "espacios europeos de datos" pasa a ser central, entendido como grandes repositorios de datos en sectores y ámbitos claves, junto con las herramientas e infraestructuras necesarias para el uso e intercambio de dichos datos.

[52] "En la era de los «grandes datos», éstos se han convertido en la materia prima, en una nueva fuente de inmenso valor económico y social. Se han producido avances en la minería y análisis de datos y un aumento masivo de la capacidad informática de procesamiento y almacenamiento de éstos y la información se encuentra al alcance de las empresas, los gobiernos y los individuos. Además, el número creciente de gente, dispositivos y sensores que están conectados por redes digitales ha revolucionado la capacidad de generar, comunicar, compartir y acceder a los datos. Las posibilidades de análisis estadístico y predictivo de los datos en la era de los datos masivos son difíciles de imaginar, como señalan Mayer-Schönberger y Cukier "al cambiar la cantidad cambiamos la esencia", pues al emplear todos los datos disponibles podemos apreciar "detalles que nunca pudimos ver cuando estábamos limitados a las cantidades más pequeñas" . Además, hoy han desaparecido las barreras tradicionales para el análisis de los grades conjuntos de datos. Históricamente, dos factores habían retenido la ciencia de «minería de datos», los modelos de predicción y los análisis exploratorios: la incapacidad para almacenar datos suficientes y el coste del procesamiento de la información. Ambas barreras han desaparecido ante el gran avance la tecnología contemporánea, que posibilita el almacenamiento y su posterior procesamiento, de ingentes cantidades de datos a un coste relativamente barato. Los avances han sido muy notables tanto en relación con la potencia de cálculo y almacenamiento, como en las velocidades de transmisión de los datos, abaratándose sustancialmente el coste de estas operaciones. A ello ha contribuido en gran medida, el «cloud computing», ya que ha supuesto la culminación de un proceso de perfeccionamiento". Garriga Domínguez, A. (2016:27).

Es evidente que el paradigma ha cambiado. A la fuerza, se pasa a admitir que el tratamiento masivo de datos, personales y no personales[53] deja de ser una actividad necesariamente arriesgada que debe minimizarse a supuestos esenciales, pasando a considerar por el contrario que ese procesamiento masivo se encuentra en la base del próximo desarrollo económico a gran escala, de la mano de innovaciones tecnológicas ya citadas como las comunicaciones 5G, la computación en la nube o el Internet de las cosas (IoT)[54]. Ante la imposibilidad de evitar la salida de los datos para su tratamiento y almacenamiento en otras jurisdicciones, se apuesta por plantear una visión de "flujos internacionales de datos" basados en valores europeos, con entornos de desarrollo económico y tecnológico sujetos al Derecho de la UE

Sobre la necesidad de una regulación coherente y eficaz de la Protección de datos personales sobrevuela desde hace años la necesidad de asegurar una regulación internacional que evite la elección selectiva de la regulación más conveniente a los responsables de los tratamientos. El actual estado de la tecnología, y la facilidad para la transmisión de ingentes cantidades de datos en segundos de un rincón del mundo a otro, hace inviable que una jurisdicción territorial pueda asegurar una protección efectiva a los consumidores en lo que al tratamiento de sus datos personales se refiere. Ello al menos en cuanto hablamos de grandes empresas de dimensión cuasi mundial, que interconectan su actividad comercial en los distintos países sin que sea posible, de una manera efectiva, detectar y asegurar en

[53] Parece, en este contexto, que la diferenciación esencial hasta ahora entre dato personal y no personal se va difuminando, con preocupantes consecuencias Garriga Domínguez (2016:35) indica al respecto cómo la técnica de la anonimización de los datos personales por las organizaciones permitía, ocultando la identidad de las personas, el análisis de la información que ofrecían los datos garantizando la confidencialidad de la identidad del individuo. Pero los avances tecnológicos han demostrado en los últimos años que incluso los datos anónimos pueden, en muchos casos, ser «re-identificados» y atribuidos a individuos específicos de forma que, en la actualidad, la ciencia de identificación electrónica cuestión las certidumbres que se habían transmitido a los consumidores y titulares de datos personales. "Si bien nos parece que muchos de los datos son invisibles y parecen impersonales, la realidad es bien distinta: casi cualquier tipo de datos se puede utilizar de forma similar a una huella digital, pues "cuantos más datos haya, menos se puede decir que sean privados, ya que la riqueza de dichos datos hace que la localización de personas sea «algorítmicamente posible»".

[54] Recordar que el IoT (o Internet de las cosas) hace referencia se hace referencia a un conjunto de objetos cotidianos conectados digitalmente a Internet entre los que existe algún intercambio de datos, que se verifica por Internet. No se trata de que un objeto cotidiano, por ejemplo, un electrodoméstico, cuente con un software integrado, sino que, lo que lo convierte en parte del mundo de Internet de las cosas, es que recopila información sobre el uso que hacemos de ese objeto y la transforma en datos que procesa y envía a Internet". (Garriga Domínguez. 2016:28).

qué sede de la compañía se conservan y tratan los datos personales obtenidos por la compañía a lo largo del mundo[55]. La necesidad de esta regulación adaptada al estado de la técnica, suficientemente digna de confianza para el consumidor (incluso en términos de seguridad subjetiva) y suficientemente compensada y equilibrada para permitir acoger e incluso impulsar la innovación como palanca económica de desarrollo, se requiere prácticamente en relación con todos los avances tecnológicos que son ya una realidad o están a punto de serlo[56], si bien en la mayoría de ellos hay algo en común: la constante necesidad de dar certeza y seguridad a los datos personales de las personas físicas, que son materia prima para casi todas ellas.

Y ello pese a que los sondeos más recientes comiencen a percibir un cambio en la conducta de los consumidores respecto a la conectividad digital (que puede venir en parte determinada por los cambios que ha provocado la pandemia de COVID-19). Así, la encuesta de tendencias de consumidores digitales realizada por Deloitte en 2020 en Reino Unido, apunta a que dichos consumidores, pese a los riesgos y amenazas expuestos, parecen menos preocupados por el uso que de sus datos hacen las compañías online[57]. Pero lo cierto es que las tecnologías digitales y la utilización de servicios digitales en actividades cotidianas está, cada día más, inextricablemente unida a nuestra vida diaria (piénsese, por ejemplo, en la expansión que en pocos años ha tenido la banca por Internet y a través de

[55] Recio Gayo, M (2016:45): "N*o se puede estar más de acuerdo con la necesidad de un instrumento internacional, vinculante, que sea capaz de dar las respuestas necesarias y servir como instrumento que aporte la seguridad jurídica necesaria para la innovación y el desarrollo tecnológicos que están pensadas para ser aplicadas a escala global en beneficio de las sociedades y de la economía digital global"*.

[56] Por ejemplo, en relación con la Inteligencia Artificial, se afirma en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulada "Inteligencia Artificial para Europa", COM (2018) 237 final. Bruselas, 25 de abril de 2018, pág. 2: Al igual que hicieran la máquina de vapor o la electricidad en épocas anteriores, la IA está transformando nuestro mundo, nuestra sociedad y nuestra industria. El crecimiento de la capacidad informática y la disponibilidad de datos, así como los avances en los algoritmos, han convertido la IA en una de las tecnologías más estratégicas del siglo XXI. Es mucho lo que está en juego. Nuestra forma de abordar la cuestión de la IA definirá el mundo en el que vamos a vivir. En medio de una feroz competencia mundial, se requiere un marco europeo sólido".

[57] Encuesta "Changing attitudes to data privacy. Digital Consumer Trends 2020". Publicada el 21 de octubre de 2021: "In recent years, UK citizens have become less concerned about de use of their data by online companies. In 2018, almost have of UK adults reported that they were ´very concerned` about de use of personal data. By mid 2020, concern had lessened: the proportion who were `very concerned` had halved to 24 per cent. Over the same period, the proportion of "fairly concerned" grew from 33 per cent to 50 per cent, and the proportion who declares themserves ´not very concerned`rose to 23 per cent from 15 per cent". https://www.deloitte.com/uk/en/Industries/tmt/research/digital-consumer-trends-data-privacy.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

dispositivos móviles) por lo que la cuestión debe de ser una prioridad para las autoridades.

En un estado más avanzado del proceso, y ya en el marco del programa de la primera Comisión Von der Leyden (2019-2024), en su Comunicación "Configurar el futuro digital de Europa" (*Shaping Europe´s Digital Future*) la Comisión. sus esfuerzos a la necesidad de crear mercados digitales más justos y abiertos

En cuanto al desarrollo del mercado de contenidos digitales en España, un estudio publicado en 2011 por la consultora iClaves[58] ponía de manifiesto la existencia de dificultades análogas en el plano nacional[59].

3.- La cuestión de la ubicación territorial del tratamiento de datos por el proveedor de contenidos y servicios digitales

Otra cuestión que tiene importancia al analizar el régimen jurídico del suministro de contenidos y servicios digitales, en relación con las cuestiones de protección de datos, es la de la ubicación territorial de las bases de datos y

[58]Consultora iClaves, S.L.. (2011) *¿Cuál es el precio que los usuarios están dispuestos a pagar por los contenidos digitales?: primer estudio sobre las características de la demanda de contenidos digitales en España.* D - iClaves, eLibro, https://www.iclaves.es/portfolio/cual-es-el-precio-que-los-usuarios-estan-dispuestos-a-pagar-por-los-contenidos-digitales/ . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[59] Ibidem, págs 18-19: "En general, existe un amplio consenso sobre la necesidad de proteger los derechos de propiedad intelectual como parte esencial para garantizar el desarrollo del mercado de los contenidos digitales. Este consenso se extiende también a la conveniencia de que el marco normativo resulte ágil y efectivo para la protección de los derechos, a que se desarrolle, en paralelo, una oferta legal apropiada —en relación al catálogo disponible, al ajuste delos precios y a la simplicidad delos servicios—, que pueda canalizar la demanda de contenidos, y a que se realicen campañas de sensibilización y concienciación de los usuarios sobre las consecuencias negativas de la vulneración del derecho de propiedad intelectual tanto en términos jurídicos como económicos. Sin embargo, este consenso se va diluyendo a medida que se intentan concretar las medidas que deberían aplicarse para impulsar estos tres ejes. Simplificando un poco, podríamos decir que mientras que unos (básicamente la industria de los contenidos digitales) considera que la oferta legal no podrá crearse y desarrollarse si no se persigue y castiga con eficiencia la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, otros consideran que sin una oferta legal adecuada no es posible hacer desaparecer la piratería, en la medida en que los usuarios deben de disponer de una alternativa válida. Mientras el primer argumento destaca que la piratería pone en riesgo la viabilidad de cualquier negocio legal de comercialización de contenidos digitales, por lo que las empresas no se van a arriesgar hasta que no desaparezca o al menos se sitúe en niveles controlables, el segundo considera que, sin la existencia de una oferta legal, es difícil la aplicación efectiva de cualquier ley que pretenda proteger los derechos de propiedad intelectual, dado que los usuarios no van a abandonar estos hábitos, y no se puede perseguir ni sancionar a todos los usuarios, aunque sea por razones de eficacia".

operaciones de tratamiento de datos que realice el proveedor de productos digitales.

Al abordar la cuestión debe enfrentarse, de partida, el hecho incontestable de que los principales y hegemónicas compañías que lideran en el mundo esta prestación de contenidos digitales están establecidas fuera de la Unión Europea, en los EE.UU. principalmente, pero ofrecen sus productos al mercado europeo de 500 millones de consumidores potenciales que es la Unión Europea (antes de las próximas ampliaciones que, en 2023, empezó a considerar el Consejo de la Unión Europea, y que apuntan ya a mercados como el ucraniano, de más de 40 millones de habitantes[60]).

El problema de partida ha sido, en principio, solventada desde un punto de vista jurídico por el legislador de la UE a partir del RGPD, que introdujo reglas específicas de extraterritorialidad para su aplicación. Estas reglas, que se establecieron fundamentalmente en el artículo 3, apartado 2, determinan los supuestos en los que responsables o encargados del tratamiento de datos personales que estén ubicados fuera de la Unión Europea (UE) quedan vinculados a las normas del RGPD, a la supervisión de los tratamientos por parte de las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados miembros, y eventualmente a su régimen sancionador.

El debate entre innovación y protección de datos, está polarizado actualmente entre los Estados Unidos y la Unión Europea, en una tensión mantenida en el tiempo, que se plasma en los documentos emitidos por las autoridades competentes a uno y otro lado del Atlántico (*Federal Trade Commission* –FTC en adelante-, del lado estadounidense, y el Comité Europeo de Protección de Datos[61] –constituido como organismo independiente de la UE por el RGPD, y antes por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE- por el de la Unión). En estos documentos (dictámenes, informes u opiniones) se expresan argumentos y principios que, siguiendo filosofías normativas diferentes, deberían estar llamados a entenderse, a abrirse a una solución que podría pasar por una instrumento de

[60] Datos del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. https://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/UCRANIA_FICHA%20PAIS.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[61] https://edpb.europa.eu/edpb_es . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Derecho Internacional Público de carácter bilateral o multilateral, dentro de un debate que debe dar participación a representantes de otros sectores interesados que no sean estrictamente autoridades de protección de datos, y en una solución donde se debería, *de lege ferenda,* dar entrada a otros países y regiones del mundo (Canadá, Hispanoamérica o Asia-Pacífico) (Gayo Recio, 2016:164).

En los EE.UU. la Constitución de 1787 no reconoce expresamente un derecho a la privacidad o a la protección de datos como tal, más allá de algunos medios de protección específicos derivados del reconocimiento, vía enmiendas, de derechos y libertades al ciudadano frente al Estado. Algunas constituciones estatales sí mencionan expresamente, por el contrario, el derecho a la privacidad, estableciendo incluso mecanismos de protección. Pero a nivel estatal, la protección de este derecho a la privacidad ha sido siempre de carácter eminentemente civil, mediante categorías fundamentales de *torts*, es decir, un derecho de resarcimiento entre particulares y que requiere un daño previo. Solo cuando la protección a través de esta vía procesal se ha considerado insuficiente, se han adoptado normas legales específicas (Cazuzo 2020:47, 56).

Sin embargo, al igual que ocurrió en España, el Tribunal Supremo estadounidense ha ido desarrollando una jurisprudencia que ha dotado de rango constitucional a la protección de la privacidad, a través de sentencias importantes que han ido abordando distintas vertientes de lo que sería nuestro derecho a la intimidad personal y familiar.[62]

Entre las normas de rango legal más relevantes, cabe citar la *Privacy Act* de 1974, que protege a los ciudadanos del uso indebido por parte de las autoridades de informaciones existentes en bases de datos federales. Existen además normas sectoriales como la *Right to Financial Privacy Act* de 1978 (regula el acceso de autoridades a información en poder de instituciones financieras), la *Electronic*

[62] Cazuzo (2020:52) cita algunas de las sentencias más significativas: sentencia Olmstead v United States (277 U.S. 438), de 1929, sobre intervención de comunicaciones telefónicas sin autorización judicial, Grusword v. Connecticut (381 U.S. 479), de 1965, sobre prohibición de un estado del uso de métodos anticonceptivos por parejas casadas, Katz v. United States (389 U.S. 347, de 1967, que estableció la noción de "expectativa razonable de privacidad", en relación con la intercepcación policial de llamadas efectuadas desde un teléfono público, United States v. Miller (425 U.S. 435), de 1976, sobre conservación de datos de transacciones financiaras de clientes por parte de los bancos, Whalen v Roe (429 U.S. 589), de 1977, en que por primera vez el T. S. consideró la vertiente de la privacidad como de control sobre la información personal, y Smith v. Maryland (442 U.S. 735), de 1979.

Communications Privacy Act de 1996 (que regula el acceso por autoridades públicas a datos de comunicaciones), la llamada *Patriot Act* de 2001 (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropiate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act)*, en el marco de la lucha antiterrorista, o la *Health Información and Portability Accountability Act*, de 1996, que regula el acceso a historiales médicos.[63]

Igualmente debe citarse el papel de la FTC, que en su función de protección de los consumidores, también se implica en la protección de la privacidad o de lo que en Europa conocemos como protección de datos, vigilando y actuando contra políticas de privacidad abusivas, y sobre el cumplimiento de las publicadas por determinadas empresas. Desde fines de los años noventa viene emitiendo informes sobre la eficiencia de las *policy practices* o autorregulación por parte de la industria en el comercio electrónico[64]. Su papel en relación con la protección de la privacidad ha ido adquiriendo mayor importancia en las últimas décadas, precisamente al hilo del desarrollo de negocios fundados en la explotación de los datos personales a escala masiva.

Entre los últimos desarrollos en EEUU, debe mencionarse el inconcluso intento de promover una iniciativa legislativa para adoptar un código de derechos del consumidor en cuanto a su privacidad promovido por la Administración Obama (la propuesta conocida como *Consumer Privacy Bill of Rights Act* de 2015). Se trataba de un conjunto de propuestas legislativas que trataban de regular los derechos a la protección de datos de los consumidores estadounidenses, que no llegaron a aprobarse finalmente. Se trataba de una iniciativa que por primera vez trataba de establecer en lo EE. UU, un ordenamiento de protección de datos de los consumidores en diversos ámbitos (redes sociales, computación en la nube, publicidad de productos y servicios, etc.).

En 2020 se aprobó en el Estado de California, tras someterla a un referéndum con resultado positivo, la denominada "Proposición 24", propuesta legislativa

[63] Cazuzo (2020:57)

[64] "Privacy online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace. A Report to Congress". FTC. Mayo 2000. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/privacy-online-fair-information-practices-electronic-marketplace-federal-trade-commission-report/privacy2000.pdf. Verificado el 20 de noviembre de 2024.

presentada en noviembre de 2019 con el nombre de *California Privacy Bill or Rigths*[65], por la que se reconoce a los consumidores determinados derechos respecto de su información personal obtenida y tratada por las empresas, incluido un derecho a la supresión de la información personal. Constituye, con la anterior propuesta Obama, un intento de establecer en los EE.UU. un marco normativo completo de protección de datos bastante aproximado, al menos en sus objetivos, al que la Unión Europea ha concluido con la adopción del RGPD.

Sin embargo, entre los desarrollos legislativos más recientes, y quizá en el sentido contrario. es obligado mencionar la denominada *Cloud Act 66* adoptada el 21 de marzo de 2018. Esta norma, por la que se modifica la *Stored Communication Act*,[67] en concreto el capítulo 121 del título 18 del *United States Code* (USC), no altera directamente el régimen jurídico del comercio electrónico pero establece una posibilidad de acceso transfronterizo a los datos personales requeridos en una investigación policial o judicial penal. La obligación de comunicación de información ya existente para los datos conservados en territorio estadounidense, se extiende de modo que puede afirmarse el impacto de la norma en el marco del comercio electrónico y, sobre todo, la prestación de servicios de informáticos o digitales a distancia (en la nube) de tal intensidad que necesariamente va a tener un impacto en el régimen del comercio electrónico.

Esta normativa obliga a la conservación o suministro de cualquier dato, archivo o información almacenado a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de servicios informáticos a distancia, estadounidenses o no, ya esté la información almacenada en territorio estadounidense o fuera del mismo, cuando les sea requerido por las autoridades competentes conforme al procedimiento que establece la norma. Como en ella se indica, el establecimiento de esta obligación a toda compañía bajo jurisdicción estadounidense viene a evitar cualquier negativa al suministro de la información amparada en la existencia de una norma extranjera que venga a limitarla, y se dirige particularmente a los proveedores de servicios de

[65] California Privacy Rights Act of 2020. https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=202320240AB1194#:~:text=Existing%20law%2C%20the%20California%20Privacy,defined%2C%20including%20the%20right%20to . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[66] Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act), 23 de marzo de 2018, Pub. L. 115–141

[67] Stored Communication Act (SCA) 18 U.S.C. Chapter 121 §§ 2701–2712

computación o almacenamiento de datos en la nube, aun cuando los servidores donde se almacene la información requerida no se encuentren en suelo estadounidense.

La norma se dictó ante la posibilidad de que el Tribunal Supremo ratificase una sentencia en apelación que dio la razón a Microsoft frente a un requerimiento de las autoridades estadounidenses a proporcionar determinados datos de un cliente en el marco de una investigación penal, bajo la consideración de que dichos datos estaban exclusivamente almacenados en Irlanda. La modificación legislativa de 2018 hizo que dejase de ser necesaria la cuestión, al imponer la obligatoriedad incluso "extraterritorial" de la obligación de suministro de datos, como así vino a confirmar el Tribunal Supremo de EE.UU.[68].

En definitiva, la normativa estadounidense sobre protección de datos o protección de la privacidad e información personal (pues no hay coincidencia en la denominación) está enormemente sectorializada y diseminada en normas de muy diverso ámbito competencial, alcance, rango y eficacia[69].

En gran medida, las políticas de privacidad de las empresas estadounidenses se establecen mediante autorregulación, en las llamadas *privacy polices*, que han tenido una gran expansión como medio para informar a los usuarios de las prácticas de obtención y uso de los datos personales por parte de las empresas que gestionan dichas páginas web. Sin embargo, no existe en los EE.UU. una regulación general y sustantiva de esas *privacy polices* (Esteve. 2017:38). Aunque las empresas pueden ser sancionadas por no respetar esos compromisos en relación con la información personal de sus clientes, las mismas no dejan de tener un carácter eminentemente voluntario, y la FTC tiene muy poca capacidad para controlarlas, desde el momento en que no existen normas federales o estatales que establezcan reglas sobre la forma de obtención legítima o el tratamiento de los datos personales por las empresas estadounidenses.

[68] Acuerdo del Tribunal Supremo de EE. UU. en el asunto *United States v. Microsoft Corp*., 584 U.S. (2018)
[69] "Privacy law in the USA has developed in a fragmented fashion and is currently a hodgepodge of various constitutional protections, federal and state statutes, torts, regulatory rules, and treaties. Privacy regulations can be found in different US sectoral laws […]" (Esteve. 2017:41).

Ello a diferencia de la Unión Europea, donde las normas internas de las empresas sobre protección de datos deben cumplir lo establecido por la normativa vigente en la materia (RGPD), y aquellas disposiciones internas que la contravengan se consideran nulas (Esteve. 2017:38).

La exposición del régimen normativo sobre protección de datos en la UE y en los EEMM que se ha hecho viene a poner de manifiesto las dificultades que en la práctica pueden afrontar aquellas empresas dominantes en el mercado, que gestionan las principales plataformas digitales proveedoras de contenidos y servicios digitales en todo el mundo. En su mayoría, son empresas estadounidenses, que ofrecen sus servicios a consumidores de la Unión Europea (uno de los mayores mercados del mundo) mediante filiales establecidas en uno o más EEMM, y que tienen que someter el tratamiento de los datos personales de sus clientes europeos a la normativa de la UE sobre la materia, lo que hace más evidentes las diferencias entre el sistema estadounidense y el europeo de protección de datos[70].

Esteve (2017:41) toma el ejemplo de dos de tales empresas, Google y Facebook, para exponer como ambas imponen a sus usuarios la aceptación de cláusulas generales sobre el uso de sus datos personales, que en buena medida no son de fácil comprensión para el consumidor medio, y que, en buena medida son vagas y confusas. La citada autora señala que, tanto desde el punto de vista de las autoridades estadounidenses que vigilan esas *privacy polices*, como de la Unión Europea, de acuerdo con el RGPD, las políticas de protección de datos de estas empresas no son suficientemente claras y transparentes para asegurar que el consentimiento otorgado por los consumidores pueda considerarse suficientemente informado, tanto conforme al RGPD (artículo 6, apartado 1 a), como a las propias normas de autorregulación que establecen dichas empresas y les vinculan respecto a los usuarios estadounidenses[71].

[70] "As EU privacy legislation applies to the processing of data by some US companies in Europe, the differences between both privacy legal systems become more visible". (Esteve. 2017:37).

[71] As with many consumer disclosures, there is a tension between providing full and accurate information about a site's information practices and providing short and easily understandable disclosures that consumers are likely to read and understand. Many sites appear to reconcile this tension by providing general descriptions of their practices, followed by more detailed descriptions. While such an approach serves to convey the information in a concise format while also providing full disclosure, it can also be confusing if the general description varies materially from the details disclosed further in the privacy policy. Unfortunately, this is not an uncommon practice, as many sites describe their policies in general,

La conclusión que alcanza dicha autora es que ambas compañías pueden ser demandadas tanto en EE.UU. como en la UE por prácticas ilegales en relación con los datos personales de sus clientes (si bien, en la UE el demandante cuenta con una más completa y efectiva protección) (Esteve. 2017:46).

Ello lleva a la reflexión de que, en el ámbito territorial de la UE, las normas establecidas para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales resultan también, a través de su transposición a las legislaciones de los EEMM, plenamente vinculantes para estas grandes empresas, en la medida en que los servicios ofertados queden dentro del ámbito de aplicación de la DCSD. Ello hace de especial importancia prestar atención a la base legitimadora del tratamiento de datos personales en el marco de estas relaciones contractuales, cuestión que se aborda más adelante.

La cuestión de la extraterritorialidad de los tratamientos de datos, y de la ubicación de las bases de datos y ficheros conteniendo los datos de clientes ha estado presente, como cuestión fundamental para el desarrollo del comercio de contenidos y servicios digitales (como en general de todo el comercio electrónico), en la mente del legislador y el órgano jurisdiccional de la UE, llegando a la adopción de las soluciones hoy reflejadas en el RGPD a fin de asegurar la aplicación y efectividad de la normativa de la UE, preservando los derechos de los ciudadanos de la UE ante esa realidad comercial y empresarial de unas empresas hegemónicas en el mercado que rigen las principales plataformas de servicios por Internet, y que tienen su origen fuera de la UE.

privacy-protective language, only to reveal further in the policy that many exceptions exist to the general rule." "Privacy online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace. A Report to Congress". FTC. Mayo 2000, pág. 24

4.- La relación de la Directiva (UE) 770/2019 con la normativa de protección de datos: cuestiones de interés

A) La relación entre el RGPD y la DCSD

En el análisis de la relación entre la DCSD con el RGPD, se plantean diversas cuestiones alusivas tanto a la relación entre ambas normas del acervo UE, como a la interacción que entre las mismas se produce, desde el momento en que el tratamiento de datos personales del consumidor que contrata el suministro de contenidos y servicios digitales es un elemento que va a estar presente en la relación obligacional establecida con el empresario.

El RGPD vino, entre otras reformas necesarias, a adaptar el marco regulatorio en materia de Protección de datos de la Unión Europea, a la transformación tecnológica iniciada dos décadas antes y desarrollada con más intensidad en la última, con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 95/46/CE a que ya se ha hecho referencia. Entre dichas novedades, la implantación de Internet como una realidad de uso cotidiano por los consumidores, las nuevas tecnologías de comunicación e información o el desarrollo de una economía digital de plataformas.

Como se ha mencionado ya, el cambio fundamental de pasar a un reglamento de aplicación directa en todos los EEMM, además de tratar los problemas más "ordinarios" de la Protección de datos advertidos con la aplicación de la norma anterior y no plenamente resueltos, ha tenido que abordar estos cambios tecnológicos más profundos y los nuevos retos que con ellos se han generado, adaptando los principios tradicionales de la Protección de datos a la nueva situación. La necesidad de mayor armonización de las normas de protección de datos, las dificultades detectadas en relación con las transferencias internacionales de datos personales, el establecimiento de un régimen sancionador común, eficaz y disuasorio. El reconocimiento y regulación -con sus excepciones- del derecho de cancelación o, como es más comúnmente conocido, derecho al olvido, el establecimiento de mayores exigencias de información al ciudadano sobre el destino y tratamiento de sus datos, el derecho a la portabilidad de los datos, son solo algunas de las nuevas cuestiones que aborda el RGPD.

Richter (2021:5) subraya que el suministro de contenidos y servicios digitales es un área jurídica intrínsecamente vinculada a la legislación de protección de datos personales, como demuestra el que, desde la entrada en vigor del RGPD, la protección de datos ha sido una parte omnipresente de las transacciones legales, y muy especialmente en el mercado digital; también se destaca su estrecha interacción con la Directiva 2002/58/CE sobre protección de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas. Se trata ahora de establecer su relación y determinar los aspectos de interés que plantea la intersección de ambas regulaciones.

Son numerosos los momentos en que la DCSD, de lleno o tangencialmente, aborda los aspectos relativos a la protección de datos personales. Así por ejemplo son varios los considerandos (24, 37, 38, 39, 40, 48, 60 y 69), y los artículos (2, 3, 16, 21) que mencionan directamente el RGPD.

El punto de partida de nuestro análisis debe ser el considerando 37 de la DCSD, que se remite, en cuanto a los tratamientos de datos personales que pueda comportar la aplicación de la misma, a la normativa especial de la Unión en la materia, citando tanto el RGPD como la Directiva 2002/58/CE, y estableciendo la regla de prelación para el caso de conflicto entre esta regulación y la de la Directiva, que ha de resolverse en favor de la primera. Debe resaltarse, por sus implicaciones en la cuestión de la base legitimadora del tratamiento de datos que conlleve la realización de los contratos de suministro regulados en la DCSD, el expreso mandato que contiene el considerando para que sea ese marco específico de Protección de Datos el que se aplique "a cualquier dato personal tratado en relación con los contratos regulados por la presente Directiva", y que los mismos "solo deben recogerse o tratarse de otro modo de conformidad con"[72] el RGPD y la citada Directiva 2002/58/CE.

Igualmente, el considerando 38 de la DCSD realiza una remisión específica a la normativa especial de protección de datos en lo relativo a los requisitos para la licitud de los tratamientos realizados en el marco de aplicación de la misma DCSD, y específicamente para aquellos que encuentran su habilitación en el consentimiento

[72] Considerando 37 de la DCSD.

del titular de los datos. Sobre este requisito esencial del tratamiento se hace un pronunciamiento expreso no solo de remisión al RGPD, sino de interdicción de su regulación por la Directiva.

Este mandato se recoge, dentro de la parte dispositiva de la DCSD, en el apartado 8 del artículo 3 (Ámbito de aplicación), con la misma regla de prevalencia y de resolución de conflictos entre normas[73].

Queda por tanto claramente establecida la relación entre la DCSD y el marco normativo de Protección de Datos, que resulta por otro lado lógico desde el momento en que, al menos en lo que se refiere al RGPD, la elaboración de ambas normas ha sido parcialmente coincidente, al igual que, al menos en parte, con la propuesta normativa para actualizar la Directiva 2002/58/CE[74], aun en tramitación al redactarse estas líneas).

Esta relación de prevalencia y, cabe decir, de especialidad normativa (no compartida por algunos autores como García Pérez (2020:885)[75], o Robert y Smit (2018:164), -estos últimos en relación con la modificación legislativa en tramitación-, se trasluce igualmente en la remisión contenida en el artículo 2, número 8, DCSD, donde al establecer, a los efectos de su regulación, lo que debe entenderse por "datos personales", hace una remisión expresa a la definición del artículo 4, punto 1, del RGPD. Esta referencia cruzada, que tiene todo el sentido para evitar cualquier fragmentación regulatoria o inseguridad en el acervo de la Unión, a diferencia de lo hecho en otras disposiciones con efectos muchas veces indeseables, ha sido destacada como indicativa de las intensas interacciones entre el Derecho

[73] Artículo 3, apartado octavo, DCSD: "El Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo".

[74] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE. Documento COM(2017) 10 final. Bruselas 10 de enero de 2017. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0010 . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[75] "Queda pues patente que la relación DCDig.-RGPD no es la existente entre una norma general que deba ceder en su aplicación ante la existencia de una específica como sucede cuando la propia DCDig. declara su subsidiariedad respecto de otras normas de la Unión Europea que regulen sectores específicos (art. 3.7 DCDig.)". García Pérez (2020:885).

europeo de consumidores y el de Protección de datos que generan las prácticas negociales en la red[76].

Establecida la primacía de la regulación especial sobre protección de datos respecto de la DCSD en caso de conflicto de normas la relación entre ambas regulaciones no es sin embargo sencilla. Para empezar, son normativas con objetivos claramente diferentes y que parten de premisas distintas. En el caso del RGPD, la consideración de la protección de datos personales como un derecho fundamental de rango constitucional, mientras que la DCSD no deja de ser una norma orientada a la protección de consumidores, vinculada a la uniformización del derecho de contratos en la UE.

De lege ferenda, durante la negociación se propuso por algunos autores que siguieron de cerca la negociación, el tratar de mantener la prioridad en la aplicación, para las cuestiones relativas a protección de datos personales, del RGPD, que establecía un estándar más elevado a su juicio de protección, y evitaría además las divergencias de regulaciones aplicables, que irían en todo caso en contra de la deseable claridad en el conocimiento de los respectivos derechos. Así por ejemplo, en cuanto al régimen de portabilidad de los datos personales en caso de resolución del contrato por el consumidor (Metzger, Efroni. 2018:13), que inicialmente establecía el artículo 13 de la propuesta de la Comisión, y finalmente acabó recogido en el artículo 16, apartado segundo, DCSD.

B) La base jurídica del tratamiento de datos en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

Una primera cuestión que se suscita es la determinación de la base jurídica para el tratamiento de los datos personales facilitados por el consumidor en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, tanto de

[76] "On the other hand, the cross-reference indicates de strong interactions between European consumer law and European data protection law due to modern business practices, yet more significantly subtly emphasises the superior protection of personal data as a fundamental right under and not merely a tradable asset". (SENECHAL. 2020:52)

aquellos que son imprescindibles para la ejecución del contrato, como aquellos otros cuyo tratamiento autoriza expresamente el consumidor, y que va proporcionando o poniendo a disposición del empresario durante el desarrollo del contrato.

Conforme al artículo 6 RGPD, la licitud del tratamiento[77] de los datos personales requiere, bien el consentimiento explícito del interesado, bien otra de las bases legítimas que para el tratamiento establece el Reglamento.

Dentro de los supuestos que para la licitud del tratamiento enumera el apartado 1 del artículo 6 RGPD, se plantea en relación con los contratos regulados en la DCSD cuales de dichos elementos legitimadores pueden ser idóneos o constituir la base efectiva del tratamiento que tales contratos comportan. La cuestión no es baladí, pues constituirá la apoyatura jurídica del tratamiento realizado, de carácter permanente durante toda la vida del mismo dada la imposibilidad de modificarlo una vez determinado, y comportará determinadas consecuencias conforme al propio RGPD en términos de deberes de información, o en cuanto a la necesidad de acreditar en su caso la adecuación de la base jurídica elegida, así como el alcance de las facultades del interesado en el tratamiento[78].

[77] Debe recordarse que el considerando 40 del RGPD explica que *"[p]ara que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, ya sea en el presente Reglamento o en virtud otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento, incluida la necesidad de cumplir la obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o la necesidad de ejecutar un contrato en el que sea parte el interesado o con objeto de tomar medidas a instancia del interesado con anterioridad a la conclusión de un contrato*".

[78] García Pérez insiste en el distinto alcance de las facultades del interesado en función de la base jurídica del tratamiento que se aplique: "Cuando la base legitimadora es el consentimiento o la ejecución de un contrato, entran en juego el derecho de portabilidad y el derecho al olvido, pero no el de oposición ni el específico de oponerse a decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, dado que se permiten tales decisiones cuando son necesarias para la celebración o ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, o si se consienten explícitamente. Aunque cuando el tratamiento tiene base en el consentimiento, su evocación opera de manera más amplia que el derecho de oposición en el caso del interés legítimo. Cuando la base es el interés legítimo, el deber de transparencia resulta fortalecido, pues en la información facilitada se deben especificar los intereses legítimos concretos del responsable o del tercero que justifican el tratamiento, tanto si los datos se han obtenido directamente del interesado como si no ha sido así (arts. 13.1.d) y 14.2.b) RGPD). Adicionalmente, se le concede al interesado derecho a oponerse en cualquier momento al tratamiento de datos personales por motivos relacionados con su situación personal, debiendo el responsable dejar de tratar los datos personales salvo que acredite "motivos legítimos imperiosos" que prevalezcan sobre los intereses, derechos y libertades del afectado (art. 21.1 RGPD), así como el más concreto a no ser objeto de una decisión, que evalúe aspectos personales relativos a él, y se base únicamente en el tratamiento automatizado. Pero no entra en juego el derecho a la portabilidad de los datos, ni el de supresión, salvo, en este último caso, que los datos ya no fueran necesarios en relación con los fines del tratamiento, se haya ejercitado el derecho de oposición, hayan sido tratados ilícitamente,

Por otro lado, y como recuerda Martos (2018:353),[79] la falta de cobertura exacta en alguno de estos supuestos no implica necesariamente la ilicitud del tratamiento, ya que los supuestos enumerados no son exhaustivos. El responsable del tratamiento puede siempre ponderar la concurrencia de un interés legítimo, y además goza de una presunción *iuris* tantum de prevalencia de este interés.

Dentro de los supuestos contemplados en el artículo 6. 1, y a la vista de las características de los contratos previstos en la DCD, aparte del supuesto del consentimiento explícito del interesado que recoge el apartado a) del precepto, otros dos son los casos que pueden considerarse: el del apartado b) (tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte) y f) (tratamiento necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesados que requieran la protección de datos personales).

i. El artículo 6. 1 b) RGPD: ejecución de contrato

Al tratar como base legitimadora del tratamiento de los datos personales la necesidad del mismo para la ejecución de un contrato, en el marco de relaciones sinalagmáticas que unen al empresario y al consumidor en un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, debe inicialmente distinguirse el supuesto de que los datos se traten por el empresario con la finalidad específica de poder efectuar el suministro contratado, o cuando el mismo persigue finalidades distintas.

El segundo supuesto entra dentro del artículo 3. 1 DCD, segundo párrafo, el contrato sin contraprestación pecuniaria y en el que el consumidor autoriza el tratamiento de sus datos con dicha finalidad ajena al suministro del contenido o

deban suprimirse en cumplimiento de una obligación legal o se trate de datos personales obtenidos en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información a menores (art. 17 RGPD)". García Pérez (2020:887).

[79] Martos (2018:353).

servicio digital precisamente como contraprestación a esta. A este supuesto se hará referencia específicamente más adelante, como una de las más prominentes novedades introducidas por la DCSD.

Cabe entender en este contexto, que el supuesto de ejecución del contrato previsto en el artículo 6. 1 b) del RGPD ha de referirse exclusivamente al primero de los supuestos descritos, es decir, al tratamiento de datos que es estrictamente preciso para que las partes del contrato, y significadamente el empresario, pueda cumplir con la obligación de suministro asumida contractualmente. Y ello por cuanto el artículo 3. 1, segundo párrafo, de la DCSD, excluye del segundo de los supuestos -el del consentimiento como contraprestación no dineraria al contrato de suministro-, aquellos casos en 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*.

Esta distinción aparentemente clara, ha recibido críticas por considerar que puede presentar ambigüedades en supuestos en que no pueda discernirse con claridad cuando el dato es preciso para el cumplimento del contrato, o cuando puede excederse el tratamiento que de ellos se haga de las finalidades señaladas (Spindler. 2015:11), (Rosello. 2017)[80].

Al abordar este supuesto de legitimación del tratamiento, no han dejado de destacarse las diferencias entre el concepto de consentimiento otorgado por el interesado para habilitar a otro al tratamiento de los datos personales, y el consentimiento que se exige para la validez de un contrato (Larocca. 2018:59). Se ha señalado el distinto ámbito jurídico en que se emiten ambas declaraciones de voluntad, resaltando que el consentimiento prestado como declaración de voluntad

[80] Roselló (2017:8) "[..]no se considerarán contraprestación no dineraria aquellos datos recabados con el fin de que los contenidos digitales se presten de acuerdo con lo contratado (por ejemplo, localización geográfica necesaria para que una aplicación de telefonía móvil funcione correctamente). Esta distinción puede no resultar tan clara en la práctica, especialmente respecto de determinar y probar cuándo unos datos personales se utilizan efectivamente con la única intención de que el servicio funcione de conformidad con el contrato y con las funcionalidades del servicio digital, y cuándo sobrepasan estas finalidades".

constitutiva o extintiva de una relación jurídica patrimonial no puede equipararse a la autorización prestada para el tratamiento de los propios datos personales[81].

El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) también ha puesto de manifiesto en su "Guía 2/2019 para el tratamiento de datos personales conforme al artículo 6, a.1.b) en el contexto de los servicios en línea", la distinta trascendencia del consentimiento prestado, y particularmente, cómo la prestación del consentimiento al amparo de cualquiera de los fundamentos contemplados en el artículo 6 RGPD, "no exonera al responsable del tratamiento de la obligación de cumplir el resto de los requisitos previstos en el RGPD".[82] Igualmente, la diferencia entre "el consentimiento consistente en la aceptación de las condiciones del servicio al celebrar un contrato y prestar el consentimiento en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra a), puesto que estos conceptos se encuentran sujetos a requisitos distintos y tienen consecuencias jurídicas diferentes".[83]

La aplicación del supuesto de legitimación del tratamiento contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra b), RGPD exige, además de la existencia de un contrato válido conforme al derecho contractual aplicable, el requisito de que el tratamiento sea imprescindible para la ejecución del contrato, de modo que el tratamiento de los datos vaya en beneficio de las dos partes interesadas, por cuanto permita el desarrollo de las prestaciones convenidas.

Debe darse, pues, para que proceda la legitimación del tratamiento fundada en la ejecución del contrato, la nota de necesidad, que según el CEPD no debe limitarse a una evaluación fundada de manera exclusiva en lo que de las cláusulas del contrato establezcan o de su redacción pueda derivarse, sino que es también

[81] Larocca (2018:59) alude a la prestación del consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales "como manifestación de un acto con contenido no patrimonial, absolutamente libre e incoercible, a través del cual se ejerce un derecho de la personalidad. Tienen que buscarse diferentes soluciones de aquellas vinculadas a las categorías del tener. Porque son innegables las diferencias entre las esferas de la patrimonialidad y de la personalidad, y es aconsejable la apelación *tout court* a las reglas contractuales para individualizar la normativa idónea para reglamentar la circulación jurídica del llamado valor económico de las señales distintivas de la persona, reconociendo que se trata de un bien material, totalmente disponible y comercial".

[82] "Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados". Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) del RGPD. 8 de octubre de 2019. Epígrafe 2. https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_es.pdf

[83] Ibidem, epígrafe 20.

preciso tener en cuanto los requerimientos que emanan del marco de protección de datos. Debe por tanto evaluarse, según dicho Comité, si el objetivo buscado no puede alcanzase a través de opciones menos invasivas e igualmente disponibles, e invoca para ello la jurisprudencia del TJUE que, con carácter general y no estrictamente referido a este supuesto, afirma que las restricciones al principio de protección de datos debe establecerse sin exceder el límite de lo que resulte estrictamente imprescindible [84]. Llega el CEPD en estas directrices a señalar que la evaluación de la necesidad del tratamiento debe determinarse individualmente para cada uno de los servicios que el interesado haya solicitado.

El CEPD proseguía así una línea ya avanzada por el Grupo del Artículo 29 en su citado Dictamen 6/2014, en el que indicaba que, para establecer la "necesidad" de la ejecución del contrato, era precisa una relación directa y objetiva entre el propio tratamiento y lo que el interesado espera de la relación contractual, y en ningún caso comprende las situaciones en que el tratamiento se impone unilateralmente por el responsable del tratamiento, sin que exista la relación directa con la ejecución del contrato. Se indicaba al respecto en el Dictamen que "existe una clara relación entre la valoración de la necesidad y el cumplimiento del principio de limitación de la finalidad. Es importante determinar la justificación exacta del contrato, es decir, su esencia y objetivo fundamental, ya que la evaluación para comprobar si el tratamiento de datos es necesario para su ejecución se realizará en función de esta información"[85].

Entiende también el CEPD que este supuesto del artículo 6, 1 b) del RGPD exige, además de lo anterior, que el responsable del tratamiento cumpla con sus obligaciones de transparencia, no bastando que en una cláusula contractual se afirme expresamente dicha necesidad del tratamiento como un presupuesto para le ejecución del contrato, sino que tal necesidad resulte objetiva. Así puede interpretarse también del artículo 7, apartado 4, del RGPD, cuando afirma que "[a]l

[84] Ibidem, apdo. 25: "El artículo 6, apartado 1, letra b), no cubre los tratamientos que resulten útiles pero no sean objetivamente necesarios para ejecutar el servicio objeto del contrato o para aplicar las medidas precontractuales pertinentes a petición del interesado, incluso si resultan necesarios para los demás fines comerciales del responsable del tratamiento."

[85] Dictamen 06/2014 del Grupo del Artículo 29, sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Adoptado el 9 de abril de 2014. 844/14/ES WP 217, pág. 20. https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf . Verificado el 20 de octubre de 2024.

evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento el tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato".

Debe citarse también el más reciente dictamen 8/2024[86] del mismo CEPD, en relación con el consentimiento emitido en el marco del modelo de "contentamiento o pago"[87], que con carácter habitual vienen presentando las plataformas digitales de gran tamaño. En dicho dictamen se establecen criterios de interés para delimitar la compatibilidad con el RGPD de tales prácticas de solicitud del consentimiento por parte de estas grandes plataformas digitales. En ella, se ha analizado en particular que el consentimiento prestado por el particular debe ser, efectivamente, una manifestación de "voluntad libre", afirmando que tal no existirá en la mayoría de casos en que los usuarios se vean enfrentados por la plataforma digital a un "elección binaria" entre consentir un tratamiento de sus datos con fines de publicidad comportamental[88] para acceder al servicio, o pagar una tasa. En un análisis de este dictamen.

De Miguel Asensio (2024b:5) explica que esa exigencia de que el consentimiento del interesado sea una "manifestación de voluntad libre" requiere que el mismo se enfrente a una elección y tenga un control real, lo cual no ocurre "cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno". Si la disyuntiva a que se ve enfrentado el interesado es a pagar la tasa o a ceder sus datos con los señalados fines

[86] Dictamen del Comité del art. 64 RGPD 8/2024, sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de consentimiento o pago aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-11/edpb_opinion_202408_consentorpay_es.pdf . Verificado el 20 de noviembre de 2024.

[87] "Los modelos de «consentimiento o de pago» pueden definirse como modelos en los que un responsable del tratamiento ofrece a los interesados la posibilidad de elegir entre al menos dos opciones para acceder a un servicio en línea que presta el responsable del tratamiento: el interesado puede: 1) dar su consentimiento al tratamiento de sus datos personales para un fin determinado, o 2) decidir pagar una tasa y obtener acceso al servicio en línea sin que sus datos personales se traten con ese fin.". Ibidem, apdo. 14.

[88] "La publicidad comportamental, que implica el desarrollo de perfiles detallados de los interesados, se ha convertido en una característica clave de determinados modelos de negocio en el entorno en línea actual. En el Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29), la «publicidad comportamental» se define como la «publicidad basada en la observación continuada del comportamiento de los individuos»". Ibidem, apdo. 19.

de publicidad comportamental, no está frente a una verdadera alternativa, donde pueda escoger entre opciones reales[89].

Otro elemento que subraya también el mismo autor (2024b:6), en el marco del análisis de dicho Dictamen 8/24, y que tiene relación con la jurisprudencia del TJUE en el marco de las sentencias META a que nos referiremos, es que para que el consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos pueda ser considerado libre, debe atenderse a la disociación de los fines del tratamiento de los datos, lo que es una exigencia de que el consentimiento sea específico.

La disociación de los fines del tratamiento fue objeto de análisis por el CEPD en sus Directrices 5/2020 sobre el consentimiento[90], en las que se explicaba que cuando un servicio puede comportar tratamientos de datos con más de una finalidad, los interesados deben poder tener la libertad de elegir que fines aceptan y cuales rechazan, lo que puede comportar un proceso en que se presten varios consentimientos antes de iniciar un servicio[91].

Como novedad, el RGPD introdujo la transparencia entre los principios del tratamiento de datos del artículo 5 (en concreto, en su apartado primero, letra a), explicando el considerando 39 que dicho principio garantiza al particular que toda la información relativa al tratamiento de datos debe ser fácilmente entendible y accesible, y que debe utilizarse un lenguaje sencillo y claro. Ello incluye en particular informar a los interesados *"sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento"*.

---

[89] "La oferta de (solo) una alternativa de pago al servicio que incluya el tratamiento con fines de publicidad comportamental no debe ser el camino que los responsables del tratamiento deben seguir por defecto. Por el contrario, al desarrollar la alternativa a la versión del servicio con publicidad comportamental, los responsables del tratamiento deben considerar la posibilidad de proporcionar a los interesados una «alternativa equivalente» que no implique el pago de una tasa, como la alternativa gratuita sin publicidad comportamental, tal como se describe a continuación en la presente sección." Ibidem, apdo. 73.

[90] Directrices 5/2020 del CEPD sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 4 de mayo de 2020. https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf. Verificado el 20 de noviembre de 2020.

[91] Ibidem, apdo. 42.

El CEPD[92] señala en las citadas Directrices 5/2020 sobre el consentimiento, la estrecha vinculación del principio de transparencia con los de lealtad y licitud, y la exigencia que comporta de que se informe a los interesados antes de obtener su consentimiento "para que puedan emitir decisiones informadas, comprender qué es lo que están autorizando y, por ejemplo, ejercer su derecho a retirar su consentimiento. Si el responsable no proporciona información accesible, el control del usuario será ilusorio y el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos".

Se trata por tanto de un principio llamado a tener un papel sustancial en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, de acuerdo con lo que se ha expuesto en la introducción a este capítulo, dadas las características de estas modalidades contractuales y su estrecha vinculación con un uso de los datos por las grandes empresas oferentes de estos servicios que no siempre resulta fácil de conocer por el interesado, teniendo en cuenta que este principio comporta la obligación de informarle de todo uso que de sus datos personales realice un tercero, así como que la información sobre el tratamiento a que dichos datos sean sometidos le sea proporcionada de un modo que le sea comprensible y le permita hacerse una idea clara de ese destino que se va a dar a sus datos personales.

Se ha apuntado (Martínez. 2018) en relación con este principio de transparencia y los contratos previstos en el artículo 3. 1 de la DCSD (en que la contraprestación es la autorización para el tratamiento de los datos personales del interesado), donde no se ésta estricta o únicamente consintiendo en el tratamiento de los propios datos personales, sino que se está aceptando algo de contenido más amplio: la explotación económica de nuestros datos y su ausencia desde el momento en que se "entregan" los datos en modalidad contractual, donde la obligación de información que debe pesar sobre aquel que va a tratar los datos debería ser más amplia y detallada[93].

[92] Ibidem, apdo. 62.

[93] "El esquema de recogida de datos en estos casos responde a algo más parecido a una "donación", que a un contrato bilateral. Y acudir al consentimiento una metodología que en mi opinión contradice de modo significativo las Guidelines del Working Party. En el caso que nos ocupa no se ésta consintiendo en el tratamiento, -al menos no de manera exclusiva-, sino que en realidad se está aceptando algo de contenido más amplio: la explotación económica de nuestros datos. Por tanto, parece evidente que la estructura informativa de aquellos que nos ofrecen ventajas a cambio de tratar nuestros datos personales

Como señaló Aparicio Salom (2016:356), este principio de transparencia se hace efectivo en dos momentos diferentes: primero, cuando el responsable del tratamiento asume por primera vez capacidad decisoria sobre los datos del interesado, debiéndole informar de los detalles del tratamiento que va a llevar a cabo (el denominado deber de información). Un segundo momento es cuando, ya iniciado el tratamiento de los datos por el interesado, se produce algún cambio esencial en el mismo que le obliga a informar de él al interesado en alguno de los supuestos contemplado en el RGPD (ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión, etc.). Aparicio Salom identifica este supuesto de información sobrevenida en el momento en que la entidad que ya explota los datos personales mediante un tratamiento legítimo, tiene intención de utilizar los datos con un fin diferente del perseguido hasta entonces, o bajo condiciones o circunstancias distintas de las que ya conoce el interesado.

La necesidad de una mayor transparencia para los consumidores en los mercados en línea fue expresamente señalada por la Comisión Europea en su Comunicación de 22 de abril de 2018[94], si bien no estrictamente desde la perspectiva de la protección de datos sino de los derechos de los consumidores, pero poniendo de relieve la opacidad de estos mercados y la imposibilidad muchas veces del consumidor de saber si está contratando con un empresario, con otro consumidor, o si el contrato lo están celebrando estrictamente con la plataforma de intermediación (cuestión que, por tanto, también tiene relación con el conocimiento real de quien es el responsable del tratamiento de los datos inherente al contrato celebrado).

Se ha advertido también por algún autor (Roig. 2020:248) de la necesidad de que la protección del consumidor, desde el punto de vista de la Protección de datos, no se centre solo en la recopilación, conservación y el tratamiento, sino cada vez más en el uso que se hace de esos datos.

---

debería ser más innovadora y la invocación de las condiciones y de la base legal muy precisas". (Martínez. 2018)

[94] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social "Un Nuevo Marco para los Consumidores". Documento COM(2018) 183 final. Bruselas, 11 de abril de 2018. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN Verificado el 30 de septiembre de 2024. Pág. 5

Ello se une a la cuestión de la información al interesado, en relación con muchos de los servicios suministrados digitalmente a través de clausulados de aceptación obligatoria para la perfección del contrato, y que se manifiesta mediante el marcado de la casilla correspondiente sobre lectura y conocimiento de las condiciones. Esta declaración que ha sido calificada como "una de las mayores mentiras de Internet" (Llaneza. 2018:840), en referencia a la general falta de lectura y atención a dichos clausulados y las obligaciones y consecuencias inherentes a los mismos, cuando precisamente es la expresión del consentimiento informado que constituye la columna central del sistema de protección de datos.[95] Frente a una creencia general de que dichos clausulados están redactados con vistas a la protección del consumidor, lo cierto es que su objetivo se orienta más bien a tratar de excluir la responsabilidad del responsable por el tratamiento de los datos, y dar amparo al mismo y a las cesiones de los datos que puedan hacerse en la normativa de Protección de datos.

ii. El artículo 6. 1 f) del RGPD: interés legítimo

El supuesto de licitud consistente en la necesidad de satisfacer intereses legítimos, introducido por el artículo 6, apartado 1, letra f) del RGPD, merece una consideración específica, pues viene a cumplir una función complementaria, a modo de cajón de sastre, al dar cabida a numerosos supuestos que no se concretan ni detallan en el Reglamento. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que comportará como se ha dicho la necesidad de contrapesar los intereses en liza, sin poder sobreponerse a los legítimos intereses y derechos del titular de los datos.

[95] Llaneza (2018:840): "Todo nuestro sistema de protección de datos se sustenta, esencialmente, alrededor del consentimiento informado, con todo lo que ello conlleva, aproximación que se compadece de la propia configuración del derecho de control que ejercemos sobre nuestros datos. Informar al interesado previamente a recabar sus datos es una construcción irreprochable desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, no lo es tanto desde la realidad de su aplicación. La gente no lee los avisos legales. Es un hecho. Son demasiado largos, tediosos y complejos, y una barrera que les aleja del deseado acceso al servicio, a la aplicación o al dispositivo al que quieren acceder de manera inmediata y sin mayor dilación. […]. Así marcar la casilla de "He leído y acepto los términos y condiciones" parece haberse convertido en una de las mayores mentiras de Internet".

El interés legítimo viene a cumplir una función importante, al prestar una posibilidad de mantener en la legitimidad del tratamiento a muchos contratos celebrados antes de la entrada en vigor del RGPD, en los que el consentimiento del interesado no fue expreso, sino que se prestó de forma tácita, y como señala también Martos (2018:354), muchas empresas que han utilizado los datos proporcionados con anterioridad tanto al RGPD (y a la DCSD, añadimos), acudirán a este supuesto al dejar de ser el consentimiento tácito, tras la entrada en vigor del RGPD, una legitimación bastante para continuar tratando los datos.

De ahí la necesidad de que, particularmente en estos casos, la invocación del interés legítimo como base legitimadora del tratamiento responda a una adecuada ponderación de los intereses en juego, debiendo acudirse a los considerandos 47 a 50 del RGPD, que ilustra con ejemplos en qué supuestos podrá entenderse que concurre este interés legítimo (y que no incluyen, en ningún caso, el mero interés comercial del responsable del tratamiento en mantener un modelo de negocio ya constituido y basado en la monetización de los datos obtenidos del consumidor interesado en acceder a los bienes o servicios prestados, en muchos casos gratuitamente, por el responsable del tratamiento).

Tras la adopción del RGPD, el interés legítimo adquirió por tanto una gran importancia, desde el momento en que se estableció un periodo transitorio de dos años hasta su entrada en vigor, periodo que concluyó el 25 de mayo de 2018, para que los tratamientos fundados en consentimientos conformes con la normativa preexistente que era la vigente cuando se obtuvieron, debían adaptarse a los requisitos establecidos por el RGPD para mantener su validez.

El análisis del concepto de interés legítimo para el tratamiento había sido ya objeto de un dictamen del Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46 CE, en el año 2014,[96] en cuyo anexo 2, se ofrecían un amplio número de ejemplos prácticos de valoración de los intereses en juego de cara a un tratamiento de los datos ulterior o distinto al inicialmente aceptado. De ellos, resulta ilustrativo el ejemplo 26, “Combinación de información personal en los servicios web”, que

[96] Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Adoptado el 9 de abril de 2014. 844/14/ES WP 217. https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp217_es_interes_legitimo.pdf. Verificado el 20 de octubre de 2024.

analiza el supuesto de una empresa de Internet que presta varios servicios, incluidos los servicios de motor de búsqueda, intercambio de vídeos y creación de redes sociales, y que desarrolla una política de privacidad que contiene una cláusula que le permite «combinar toda la información personal» recopilada sobre cada uno de sus usuarios en relación con los diferentes servicios que utilizan, sin definir ningún periodo de retención de datos, todo ello con la finalidad de «garantizar la mejor calidad posible del servicio».

El documento concluía que, pese a que la empresa pone a disposición de los usuarios algunas herramientas para ejercer sus derechos (desactivar la publicidad, oponerse a cookies), ello no permite a los usuarios adquirir un control efectivo sobre el tratamiento de los datos.

Mayor actualidad tiene, a la hora de examinar esta base legitimadora de tratamiento, las Directrices 1/2024[97] del CEPD sobre el tratamiento de datos personales que tengan como base el artículo 6, apartado, 1 f), del RGPD. Con carácter general, señala el CEPD que no todo interés del responsable del tratamiento resulta legítimo a los efectos de invocar esta base jurídica del tratamiento. A falta de una definición precisa, y más allá de los ejemplos de lo que pueda ser una base legítima ofrecidos por la jurisprudencia del TJUE o el propio RGPD, estas Directrices señalan una serie de requisitos que debe reunir el interés para poder considerarse legítimo[98]:

-debe ser legítimo, es decir, no contrario a la normativa UE o de los EEMM

-debe estar clara y precisamente articulado, a fin de que pueda contraponerse debidamente con los intereses o derechos fundamentales que se van a limitar

-debe ser un interés real y presente, no meramente especulativo o hipotético en la fecha en que deba tener lugar el tratamiento.

[97] Directrices 1/2024 del CEPD sobre el tratamiento de datos personales que tengan como base el artículo 6, apartado, 1 f), del RGPD, adoptadas el 8 de octubre de 2024. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-10/edpb_guidelines_202401_legitimateinterest_en.pdf . Verificado el 20 de noviembre de 2024.
[98] Ibidem, apdo. 17.

Con carácter general el interés perseguido por el responsable del tratamiento debe estar vinculado a una de sus actividades actuales. También puede legitimar el tratamiento el interés legítimo perseguido por un tercero (según dispone este artículo del RGPD), que debe examinarse conforme a los mismos requisitos que el interés del responsable. Como ejemplos de legítimos intereses de tercero, las citadas Directrices 1/2024 del CEPD citan el ejercicio de acciones legales, revelación de datos con fines de trasparencia o fiscalización, intereses de investigación histórica científica, o intereses de un tercero que puedan confluir con intereses generales. Puede haber casos en que la finalidad del tratamiento esté en parte vinculada a un interés del responsable o de un tercero[99].

Además de los mencionados, le CEPD recoge otros supuestos de interés legítimo establecidos por la jurisprudencia del TJUE, y establece el criterio general de que, a fin de identificarlo en otros casos, debe la autoridad de protección de datos concernida analizar el supuesto caso por caso, aplicando los criterios señalados anteriormente. Resulta en particular de interés la consideración de que, antes de aceptar como un fin legítimo el propósito de realizar actividades de marketing directo, debe analizarse la compatibilidad de la actividad con la normativa específica nacional y de la UE[100], recordándose igualmente que el interesado tiene, conforme al artículo 21, apartado 2, RGPD, el derecho de oponerse al tratamiento efectuado con tales propósitos de publicidad directa.

La posibilidad de fundar la legitimación de los tratamientos de datos personales en el consentimiento no expreso del interesado (que quedó sin valor para ello con la entrada en vigor del RGPD), fue también objeto de un dictamen del Grupo del artículo 29 adoptado a finales de 2017, a modo de una guía para la aplicación del consentimiento de acuerdo con el nuevo RGPD, y cómo proceden en los casos de consentimiento obtenido conforme a la Directiva 95/46/CE.[101] Se trataba de establecer los criterios para distinguir en qué supuestos el consentimiento era una base jurídica apropiada, y en cuales se podía considerar que

[99] Ibidem, apdo. 20.
[100] Ibidem, apdo. 113.
[101] Article 29 Working Party. Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Adoptadas el 28 de noviembre de 2017. 17/EN WP259 rev.01. https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en . Verificado el 20 de octubre de 2024.

lo era el interés legítimo, en el marco de una relación contractual. De acuerdo con los más exigentes parámetros que para la obtención del consentimiento establecía el RGPD el Grupo del artículo 29, la falta de un consentimiento acorde con el RGPD, es decir, expreso y en el que concurrieran los demás requisitos mencionados en el artículo 4, apartado 11) del RGPD, el responsable del tratamiento, tras revisar sus procedimientos internos y sistema en que se apoyan se veía abocado bien a solicitar de nuevo (o renovar) el consentimiento de una manera compatible con el Reglamento[102], o bien a buscar conforme al RGPD una base jurídica distinta del tratamiento que mantuviese su legitimidad,[103] supuesto que sería aquel en habría de valorarse la posibilidad de invocar el interés legítimo. En estos casos, sería preciso que en esa imprescindible ponderación de intereses, se alcance la conclusión clara de la prevalencia del interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero, sobre los intereses y derechos del titular de los datos, para que el interés legítimo pueda actuar como nueva base legitimadora del tratamiento.

Hemos querido exponer este supuesto con detalle por cuanto ha sido de recurrente invocación, a la entrada en vigor del nuevo RGPD, por muchas empresas suministradoras de contenidos y servicios digitales que se encontraban ejecutando contratos vigentes en ese momento cuyo mantenimiento se pretendía - al menos por tales empresas-.

En este sentido, y como opción más jurídicamente segura, en una mayoría de supuestos se ha acudido a volver a requerir el consentimiento del consumidor, mediante el procedimiento de volver a pedir la conformidad, normalmente mediante el marcado de una casilla, a unas nuevas condiciones aplicables al contrato, que venían en su caso a sanar las deficiencias que formalmente podían presentarse a la luz del RGPD.

---

[102] Pueden verse al respecto las "Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679", adoptadas por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) el 4 de mayo de 2020. https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf

[103] Llaneza (2018:726) apunta la contradicción en que aquí incurre el Grupo del artículo 29, considerando que el RGPD no permite cambiar la base legal constante el tratamiento, lo que impediría aplicar el interés legítimo como sanador de consentimientos anteriores obtenidos con un estándar inferior al Reglamento. Llaneza, P. La adaptación de los consentimientos tácitos y presuntos: el uso del interés legítimo. Cabría oponer sin embargo que, ante el cambio de régimen jurídico que supuso el paso de una norma jurídica de aplicación indirecta como la Directiva 95/46/CE, a otra de aplicación directa como el RGPD, no se estaría propiamente ante un cambio de base legal constante el tratamiento de los prohibidos por esta última norma, sino de la adaptación a la nueva norma de relaciones jurídicas anteriores.

C) El incumplimiento del RGPD como causa de no conformidad del suministro de contenidos y servicios digitales

Otra cuestión que presenta interés en este examen de las cuestiones que suscita la confluencia de la regulación de la DCSD con la normativa de Protección de datos, es la referencia al considerando 48 de la DCSD, y la expresa remisión al RGPD en cuanto a los medios de reacción ante la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en dicho Reglamento, incluidas las acciones extracontractuales. La alusión a que la falta de cumplimiento de tales requisitos, o de algunos de los principios básicos de protección de datos del mismo Reglamento (como el de minimización de datos, protección de datos desde el diseño o la protección de datos por defecto), puedan seguir el tratamiento previsto en la DCSD para los supuestos de falta de conformidad (García Pérez. 2020:885).

El considerado 48 de la DCSD plantea dos variantes distintas en que un incumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos en el RGPD puede ser determinantes de una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales objeto el contrato regulado en la DCSD. En el primer supuesto, ello derivaría de obligaciones expresamente asumidas por el empresario en el contrato, o que se derivasen del clausulado del mismo, y ello esté relacionado con las obligaciones que, en aplicación del RGPD, recaen sobre el empresario. Se estaría en tal caso ante un supuesto de no conformidad subjetiva, incardinada en el artículo 7 DCSD.

En la segunda variante se incluiría el supuesto en que el incumplimiento de las obligaciones del RGPD determinase que los contenidos o servicios digitales suministrados dejasen de poder utilizarse para los fines previstos, determinando un el supuesto de no conformidad objetivo consistente en que los contenidos o servicios digitales no sean "aptos para los fines para los que se utilizarían habitualmente contenidos o servicios del mismo tipo"[104], encajando en tal caso con las causas de no conformidad del suministro del artículo 8 DCSD.

Debe recordarse que la DCSD establece la responsabilidad del empresario por las faltas de conformidad del suministro de los contenidos y servicios digitales

[104] Considerando 48 de la DCSD.

existentes en el momento del suministro, salvo en el caso de que el Derecho nacional haya establecido que tal responsabilidad solo puede tener lugar por la falta de conformidad manifestada con posterioridad al suministro, en un período que no podrá ser inferior a dos años (artículo 11. 2 DCD). Asimismo, que al empresario corresponde la prueba de que los contenidos y servicios suministrados eran conformes, cuando la falta de dicha conformidad se manifestare en el plazo de un año desde el momento del suministro (artículo 12. 2 DCD).

La vinculación establecida por la DCD en este punto con el RGPD, a través de la vía interpretativa de los considerandos, exige considerar con detenimiento los supuestos a que se puede estar refiriendo el considerando 48 de la DCD, es decir, qué requisitos u obligaciones establecidos por el RGPD pueden determinar el incumplimiento del contrato de suministro digital.

En fase de ejecución del contrato, se suscita también el análisis de si los principios y obligaciones que impone el RGPD al responsable del tratamiento/proveedor afectan a la evaluación de la conformidad con el contrato de los contenidos y servicios digitales (García Pérez. 2020:885).

Por último, a la finalización del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, se plantea qué efectos tiene la extinción del contrato en el tratamiento de datos personales y en los derechos que ostenta el consumidor-interesado conforme al RGPD y la Ley Orgánica 3/2018[105]. Fundamentalmente, se suscita la cuestión de cuál ha de ser el destino de los contenidos y datos personales, o no, que para la celebración y ejecución del contrato se han debido de facilitar por el consumidor y se han tratado por el empresario[106].

Deben recordarse, como ya se ha examinado al tratar la regulación de la DCSD, las obligaciones que su artículo 16 impone al empresario en cuanto a la no utilización, en caso de resolución del contrato, de cualquier contenido distinto a los

[105] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE nº. 294, de 6 de diciembre de 2018.

[106] "La intersección protección de datos-suministro de contenidos digitales en el momento de la extinción contractual plantea el interrogante acerca de cuál sea el destino de los contenidos, datos personales y no personales, sobre los que tenía control el consumidor durante la relación contractual y la puesta en contacto de sus derechos a la recuperación de contenidos y abstención de su utilización por el proveedor previstos en la DCDig. con los derechos de portabilidad, supresión y olvido respecto de contenidos que sean datos personales conforme al RGPD y la LOPDGDD" (García Pérez. 2020:886).

datos personales que el consumidor hubiese creado o le hubiese facilitado (con determinadas excepciones que se han mencionado), así como la obligación de poner a disposición del consumidor, previa petición del mismo, los contenidos distintos a datos personales que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales que le hayan sido suministrados.

Se ha indicado (Cámara Lapuente. 2020:843), que los principales derechos que surgen de la resolución contractual en relación con los datos personales del consumidor, de acuerdo con el RGPD, serían el derecho de acceso previsto en el artículo 15 de dicho Reglamento (que tendría un carácter más instrumental, a efectos de obtener conocimiento de sobre qué datos o contenidos podrían se proyectan las obligaciones del empresario y los derechos del consumidor), el derecho de portabilidad del artículo 20, pero también el derecho al olvido del artículo 17 (derecho a obtener la supresión de los datos personales que conciernen a quien lo ejerce, cuando concurran circunstancias que hagan ilegítimo el tratamiento de los datos, por ejemplo, por no ser necesarios para los fines para los que se recabaron o se haya retirado el consentimiento del interesado).

Existe pues una cierta equivalencia entre los derechos y obligaciones que, en relación con los datos personales del consumidor, establece la DCSD, respecto de los derechos que reconoce el RGPD, aunque no han dejado de señalarse diferencias significativas. Así, entre el derecho de supresión del RGPD y el derecho a impedir el uso de la DCSD, en cuanto a que no tendrían un alcance semejante, dado que el primero comporta una obligación de resultado, mientras el segundo se limita a una obligación de no hacer, y no implica, como el primero, una anonimización total o eliminación de los datos (Cámara Lapuente. 2020: 845). El mismo autor apunta también a diferencias aún más acusadas entre el derecho de portabilidad del RGPD, y el derecho de recuperación de la DCSD, entre ellas, las excepciones que recoge el artículo 16 de esta última a ese derecho de recuperación, aunque acaba reconociéndose, y así lo entendemos nosotros, que no son tan acusadas dichas diferencias, por ejemplo en cuanto al plazo o la obligación de que dicha recuperación no implique coste para el consumidor.

Se había planteado también si la DCSD reconocía la posibilidad de que, en lugar de una recuperación de sus datos personales, el consumidor tenía el derecho

a realizar una transferencia de tales contenidos recuperados a otro empresario, para que pudiese seguir prestándole el servicio (portabilidad indirecta), sobre el que no se pronuncia expresamente el texto de la Directiva (Cámara Lapuente. 2020:846).

Al respecto sin embargo, debemos remitirnos a lo dicho previamente sobre la nueva regulación introducida por el Reglamento de datos[107] , que ha incluido en su capítulo VI una normativa específica sobre la portabilidad de los datos en caso de cambio por el cliente de proveedor de servicios de tratamiento de datos, en una regulación que completa el régimen de la DCSD en este particular aspecto.

Cámara Lapuente (2020:852) apunta también a una limitación de estos derechos de recuperación de información que prevé la DCSD en su artículo 16, en lo relativo a los datos no personales, ya que, según el apartado cuarto de dicho artículo, únicamente puede el consumidor recuperar aquellos que "haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario". Quedarían por tanto fuera de esa posibilidad de recuperación aquellos contenidos o datos no personales que el empresario haya ido obteniendo sin actividad del consumidor. En todo caso, la obligación que la DCSD impone al empresario de abstenerse de usar los datos no personales, y los contenidos digitales facilitados por el consumidor no comporta la obligación por aquél de su eliminación, que podría haber supuesto una carga particularmente exigente en relación para los empresarios que presten servicios de almacenamiento en la nube o por ejemplo en redes sociales, en que dichos contenidos pueden haber sido facilitados por diferentes personas.

En este sentido, resultan relevantes las excepciones que recoge el apartado tercero de este artículo 16 DCSD en relación con la obligación de abstención de utilización de los datos no personales del consumidor, y que incluyen, además de la que se acaba de mencionar (que los contenidos hayan sido facilitados o creados conjuntamente por el consumidor y otras personas), otros casos como por ejemplo, el que los datos o contenidos haya sido agregado con otros datos y no puedan desagregarse sino con esfuerzos desproporcionados. Debe recordarse aquí el

[107] Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828. DOUE L, 2023/2854, 22.12.2023.

propósito ya mencionado del legislador, al redactar la DCSD, de equilibrar las obligaciones impuestas a los distintos intervinientes en el contrato.

En todo caso, no puede desconocerse que los derechos reconocidos por el RGPD, en cuanto a los datos personales se refiere. estarán también a disposición del consumidor que haya celebrado un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, y que complementarán, en los supuestos en que proceda su aplicación conforme a la normativa del reglamento, los derechos específicos de la DCSD.

D) La información precontractual

Otra cuestión que se manifiesta en relación con las obligaciones derivadas del régimen de protección de datos es la relativa a la obligación del empresario en cuanto a los deberes de información precontractual. Esta obligación, que en Derecho español recoge el artículo 60 LGCU, comporta la carta de facilitar al consumidor, antes de que este quede vinculado por el contrato, de forma "clara, comprensible y accesible", información sobre las características principales del contrato, incluidas sus condiciones jurídicas y económicas. Obligación que debe ser plenamente cumplida también en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que la contraprestación sea la cesión del uso de los datos personales. En tal caso, no precediendo información sobre el precio, y debiendo informarse sobre la contraprestación que de cualquier otra naturaleza medie en el contrato, cuando esta sea la cesión de datos personales la obligación ha de extenderse, señala Sánchez Lería (2018:18), a la determinación del uso que se va a hacer de dichos datos y de los derechos que, en relación con los mismos, se reconozca en la legislación aplicable (fundamentalmente, el RGPD).

Debe tenerse en cuenta la amplitud que ha alcanzado hoy día esta obligación de información precontractual. Tiene establecido el TJUE, interpretando el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2011/83/UE, que la misma tiene por objeto garantizar que se comunique al consumidor, antes de la celebración del contrato, tanto la información relativa a las condiciones contractuales y a las consecuencias de dicha celebración, lo que le permitirá decidir si desea vincularse contractualmente con un

comerciante, como la información necesaria para la correcta ejecución del contrato y, sobre todo, para el ejercicio de sus derechos[108]. Otro ejemplo es la interpretación de las obligaciones establecidas por el artículo 13 de la misma Directiva 2011/83/UE, el TJUE ha interpretado que la misma comporta incluso la obligación de especificar la entidad de resolución alternativa de litigios a que se comprometa a recurrir el empresario.

En efecto, en la sentencia TJUE C-380/19[109], en el caso de una empresa alemana que gestiona una página web, pero no contrata a través de la misma, si bien cuelga en ella las condiciones generales de sus contratos. En dichas condiciones generales no se identificaba la entidad de resolución alternativa de litigios que le daba cobertura, cuando se comprometiese a recurrir a la misma o estuviese obligada a hacerlo en el marco de sus contratos con consumidores. Pero en dichas condiciones generales sí se incluía un aviso legal que informaba que la empresa estaba obligada a participar en un procedimiento de resolución de litigios ante una entidad de mediación en materia de consumo. En el marco de una cuestión prejudicial propiciada por una demanda interpuesta por una entidad de defensa de consumidores, para que se obligase a la empresa a identificar a la entidad a la que acudiría en tales casos, el TJUE interpreta el citado artículo 13 de la Directiva 2011/83/UE en el sentido de que el empresario viene obligado a identificar en sus condiciones generales que publica en la página web a la entidad de resolución alternativa de litigios que le da cobertura, cuando se comprometa a recurrir a ella o esté obligado a hacerlo en razón de la normativa de protección de consumidores, siendo además obligado que lo haga en dichas condiciones generales y no bastando con hacerlo e otra información legal que pueda publicar en la página web, ni que facilite esa información al consumidor en el momento de la celebración del contrato. Es un ejemplo, del detalle y rigurosidad con el que hoy se interpreta el alcance de estas obligaciones de información precontractual, que son plenamente invocables en el marco de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

[108] Sentencia TJUE de 10 de julio de 2019, *Amazon EU*, C-649/17, EU:C:2019:576, apdo. 43.

[109] Sentencia TJUE de 25 de junio de 2020, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG*, C-380/19, ECLI:EU:C:2020:498, apdo. 36.

Se suscita con ello también la cuestión de los medios para asegurar la suficiencia de la información ofrecida por el prestador de servicios digitales en el momento del concierto contractual, por el que el consumidor cede sus datos y consiente el consecuente tratamiento de los mismos con fines que trasciende la ejecución de su concreto contrato. La cuestión se suscita principalmente en aquellos casos –sin duda abrumadoramente mayoritarios - en que la información se facilita mediante clausulados generales de no siempre fácil entendimiento para el consumidor[110].

Será preciso informar sobre el tratamiento que se dará a los datos, poniendo en conocimiento los usos y fines para los que se usarán, a fin de que el consentimiento que el consumidor preste no solo sea suficiente para la concertación contractual por la que se conviene el suministro de contenidos o servicios digitales, sino también para cumplir las exigencias que conforme al RGPD avalan la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales.

Son fundamentales en este sentido las aclaraciones que aporta el preámbulo de la DCSD, que establece en caso de conflicto entre la regulación de la DCSD y la normativa de Protección de datos de la UE, debe prevalecer esta última. Poco margen de duda ha de quedar entonces en cuanto a la obligación antes comentada de proporcionar la información necesaria que avale el consentimiento del consumidor en cuanto al tratamiento de sus datos personales, y la remisión al artículo 7 RGPD, en lo relativo a las condiciones para el consentimiento.

[110] "Otra cuestión que está en el núcleo del desequilibrio entre las partes en la contratación electrónica, y ante la que se manifiesta la insuficiencia de la protección que ofrece la normativa sobre privacidad: la ausencia de una información clara e inteligible al interesado en el momento en que ha de decidir si entrega sus datos personales al empresario digital, y la articulación de sistemas engañosos de consentimiento tácito cuando lo hace. En efecto, la contratación electrónica se desarrolla a través de condiciones generales, de manera que la única opción de que dispone el interesado es la de adherirse al conjunto de cláusulas contractuales, o no hacerlo.". (De Barrón Arniches. 2019:50).

E) El principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales: las sentencias META del TJUE

Otra cuestión que se suscita es la de los datos personales que son necesarios para la celebración y ejecución del contrato de suministro digital, que normalmente conllevará una exigencia mayor de tales datos que, por ejemplo, un contrato ordinario de compraventa de un bien. Y ello debido a que los servicios postventa o de asistencia o actualización que puede necesitar la debida ejecución del contrato, o simplemente por la necesidad de conocer determinados datos (como la dirección de correo electrónico, la IP de conexión,) para la debida ejecución del contrato.

Ello ha de ponerse en conexión con los principios de exactitud y minimización de datos enunciados en el artículo 5, apartado 1, letras c) y d) del RGPD. En relación con el segundo de estos principios, el de minimización, que constituye un reflejo del principio de proporcionalidad[111], el TJUE ha abundado en su interpretación de manera reciente, en conexión con los principios legitimadores del tratamiento, en los asuntos META resueltos por sentencias de 2023[112] (cuestión prejudicial alemana) y 2024[113] (cuestión prejudicial austriaca), asuntos relativos a la actividad de la citada empresa, titular de la plataforma *Facebook,* y en el contexto de contratos de servicios digitales como los que estamos examinando.

En estas dos importantes sentencias el TJUE analiza en profundidad los aspectos que, en relación con las normas de protección de datos, presenta el modelo de negocio de una gran plataforma como es META[114], y en particular el modelo

[111] Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021, *Latvijas Republikas Saeima* (Puntos por infracciones de tráfico), C-439/19, EU:C:2021:504, apdo. 98.

[112] Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2023; *Meta Plartforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH y Bundeskartellamt*, C-252/21, EU:C:2024:834

[113] Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024 *Maximilian Schrems y Meta Platforms Ireland Ltd*, C-446/21, EU:C: 2023:537.

[114] "El modelo económico de la red social en línea Facebook se basa en la financiación a través de la publicidad en línea, que se hace a medida para los usuarios individuales de la red social, en función, en particular, de sus actitudes de consumo, intereses, poder adquisitivo y situación personal. Tal publicidad es técnicamente posible mediante el establecimiento automatizado de perfiles detallados de los usuarios de la red y de los servicios en línea ofrecidos a nivel del grupo Meta. A tal fin, además de los datos que estos usuarios proporcionan directamente al registrarse en los servicios en línea de que se trata, también se recogen, dentro y fuera de esa red social y de los servicios en línea prestados por el grupo Meta, otros datos relativos a dichos usuarios y a sus aparatos, en relación con sus diferentes cuentas de usuario. La visión global de estos datos permite extraer conclusiones detalladas sobre las bpreferencias e intereses de esos mismos usuarios" "Para el tratamiento de dichos datos, Meta Platforms Ireland se basa en el contrato

económico en que se funda la red social *Facebook,* que se financia mediante la comercialización de publicidad personalizada para los usuarios de la misma, elaborada por la plataforma a partir de los perfiles personales de los mismos que la empresa META configura reuniendo y tratando los datos personales del usuario recabados en los distintos servicios que dicha empresa ofrece.

Entre las cuestiones sometidas al TJUE, en particular se le preguntaba en el asunto META 2023 al TJUE si, a los efectos del RGPD, podía considerarse cubiertos por la base legitimadora del tratamiento de datos por razones de "interés legítimo", actividades del operador de una red social en línea consistentes en la recogida de datos de los usuarios de la red procedentes de otros servicios del grupo de dicho operador, o de la consulta por los usuarios de sitios de Internet o de aplicaciones de terceros, la puesta en relación de esos datos con la cuenta de la red social de los usuarios, así como si la utilización de tales datos debía considerarse necesaria para la ejecución de un contrato en que los interesados sean parte (en el supuesto de los contratos que estamos considerando).

La cuestión planteada, como también las que lo fueron en el asunto META de 2024[115], planteaban el alcance de la aceptación de las condiciones generales que el usuario venía obligado a aceptar cuando se registraba en la red social *Facebook*, para que se pudiese utilizar la misma. Dichas condiciones remitían a las políticas de utilización de datos y *cookies* impuestas por dicha sociedad, y que la habilitaban contractualmente para recoger datos de los usuarios y los dispositivos de estos. Con esos datos, la plataforma podía monitorizar las actividades de los usuarios dentro y fuera de la red social Facebook, a la que en principio se constreñía el contrato, incluyendo aquellos sobre la consulta de páginas de Internet y de las aplicaciones de terceros conectadas con Facebook, así como de la utilización de otros servicios prestados por el grupo META, fundamentalmente *Instagram* y la red *Whassap*,

de servicio al que se adhieren los usuarios de la red social Facebook mediante la activación del botón «registrarse», a través del cual estos aceptan las condiciones generales establecidas por la citada sociedad". Sentencia META 2023, apdos. 27 y 28.

[115] "El modelo de negocio de la red social en línea Facebook se basa en la financiación a través de la publicidad en línea, que se dirige de manera específica a los usuarios individuales de la red social en función, en particular, de sus actitudes de consumo, de sus intereses y de su situación personal. Tal publicidad tiene como fundamento técnico el establecimiento automatizado de perfiles detallados de los usuarios de la red y de los servicios en línea ofrecidos en el ámbito del grupo Meta". Sentencia META 2024, apdo. 12.

relacionando así todos los datos de cada usuario y teniendo una información mucho mayor que la que se habrá obtenido exclusivamente del tratamiento de sus datos en base al contrato de suministro de contenidos digitales y servicios derivado del registro en *Facebook*.

La mera descripción que se acaba de exponer da muestra de las enormes capacidades que, en relación con la explotación de datos personales (y no personales, añadiríamos) de los usuarios, tienen a su alcance estas plataformas, con servicios y producto tan diversificados y de utilización masiva a nivel mundial. Ello explica también la más reciente normativa adoptada por la UE, ya examinada, en relación con algunas de estas grandes plataformas y las obligaciones impuestas a las mismas.

El TJUE, en estas sentencias, se pronunció de manera terminante, haciendo una interpretación del RGPD en línea con la más amplia protección de los datos del usuario de estos servicios, frente a las condiciones generales impuestas por la plataforma META, que habían sido cuestionadas en su compatibilidad con el RGPD por el tribunal alemán de remisión.

Así, y en relación con la cuestión de la base legitimadora del tratamiento que proporciona el artículo 6, apartado 1, letra b), RGPD (necesidad de dicho tratamiento para la ejecución de un contrato en que el interesado es parte o para la aplicación a petición del mismo de medidas precontractuales), afirmó que no existía justificación para que se impusiere la obligación de suscripción de los distintos servicios de la plataforma, en cuento los mismos podían utilizarse independientemente unos de otros[116]. Y ello pese a que el tratamiento de los datos en cuestión se mencione en el contrato o presente alguna utilidad para la ejecución del mismo: ello es irrelevante y carece de pertinencia a los efectos de determinar que efectivamente el tratamiento sea esencial para la prestación del contrato, afirmándose en el apartado 90 de la sentencia META 2023 (C-252/21) que "el

[116] "En lo que atañe, en segundo término, a la justificación basada en la utilización homogénea y fluida de los servicios propios del grupo Meta, de los autos que obran ante el Tribunal de Justicia se desprende que nadie está obligado a suscribir los diferentes servicios ofrecidos por el grupo Meta para poder crear una cuenta de usuario en la red social Facebook. En efecto, los diferentes productos y servicios ofrecidos por el grupo pueden utilizarse independientemente unos de otros y la utilización de cada producto o servicio se basa en la suscripción de un contrato de uso distinto". Sentencia META 2023 apdo. 103

responsable del tratamiento debe poder demostrar por qué el objeto principal del contrato no podría alcanzarse sin el tratamiento en cuestión".

META trataba de justificar el tratamiento de los datos de los usuarios que venía realizando en la necesidad de garantizar una adecuada ejecución del contrato, incluyendo "la personalización de los contenidos y al uso homogéneo fluido de los servicios propios del grupo META" (ibídem, apdo. 102). El TJUE no admitió dicha justificación, entendiendo que la personalización no era necesaria para prestar al usuario los servicios de *Facebook* que había contratado, y que los servicios ofrecidos por el grupo META podían utilizarse de forma independiente unos de otro, exigiendo cada uno de ellos la suscripción de un contrato distinto y específico.

Tampoco consideró que el tratamiento de datos que venía haciendo META estuviese justificado por el supuesto contemplado en el artículo 6, apartado primero, letra f), RGPD (consistente en la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero). Y ello por cuanto esta base legitimadora del tratamiento requiere que la satisfacción de dicho interés legítimo perseguido con el tratamiento no pueda alcanzarse de manera más eficaz por medios menos invasivos de los derechos y libertades de los interesados, vinculándolo así con el principio de minimización de los datos recogido en el artículo 5, apartado 1, letra c), RGPD.

Aunque el tribunal, en el apdo. 122, remitió al tribunal nacional la verificación de si el interés del responsable del tratamiento en mejorar su producto o servicio para hacerlo más eficaz podía constituir un tratamiento sustentado en un interés legítimo, afirmó (apdo. 123 de la misma sentencia), que parecía dudoso que el tratamiento de datos de los usuarios que venía haciendo META, teniendo en cuenta su alcance y gran impacto en el usuario, que el objetivo de mejorar el producto de dicho empresa pudiese considerarse prevalente sobre los intereses y derechos fundamentales del usuario, particularmente en lo supuestos en que dicho usuario fuese un niño[117].

[117] El apartado cuarto del fallo de la sentencia META 2023 declara: "El artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra b), del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que el tratamiento de datos personales efectuado por un operador de una red social en línea, consistente en la recogida de datos de los usuarios de tal red procedentes de otros servicios del grupo al que pertenece dicho operador o de la consulta por esos usuarios de sitios de Internet o de otras aplicaciones de terceros, en la puesta

Más claros son aún algunos de los pronunciamientos de la sentencia META 2024 (C-446/21), volviendo a considerar la práctica de la citada plataforma consistente en: a) recoger los datos personales de los usuarios de *Facebook* relativos a las actividades de los mismos en dicha red social y fuera de ella (en particular los relativos a la consulta de la plataforma en Internet), b) la consulta de las páginas de Internet y de aplicaciones de terceros, y c) seguir "el comportamiento de navegación de los usuarios de esas páginas mediante *social plugs-ins y* píxeles de seguimiento insertados en las páginas de Internet en cuestión" (apartado 61 de la sentencia META 2024)[118]. El TJUE afirma de manera expresa que esa forma de tratamiento tenía un alcance particularmente amplio, que podía versar sobre "datos potencialmente ilimitados y tiene gran impacto en el usuario, cuyas actividades en línea están, en gran parte o incluso en su práctica totalidad, bajo el control de MetaPlatforms Ireland, lo que puede suscitar en él la sensación de una vigilancia continua de su vida privada" (apdo. 62).

Con ello, el TJUE ha venido a clarificar el alcance de la base legitimadora del tratamiento de datos consistente en la necesidad de ejecución de un contrato del que es parte el interesado, o para la aplicación, a petición de este, de medidas contractuales (artículo 6, apartado 1, letra b), RGPD), señalando expresamente que el uso indiferenciado de todos los datos del usuario/contratante que estén en poder de una plataforma de red social, "con fines publicitarios, independientemente del grado de sensibilidad de tales datos" es una injerencia desproporcionada en los

en relación de esos datos con la cuenta de la red social de los referidos usuarios y en la utilización de los citados datos, solo puede considerarse necesario para la ejecución de un contrato en el que los interesados son partes, con arreglo a esta disposición, si dicho tratamiento es objetivamente indispensable para conseguir un fin que forme parte integrante de la prestación contractual"

[118] En cuanto al funcionamiento de tales mecanismos de recogidas de datos, véanse los apartados 15 y 16 de la sentencia META 2024: "Meta Platforms Ireland ha creado varias «herramientas» (tools) para permitir a los usuarios tener una estimación y controlar sus datos almacenados. No todos los datos tratados son visibles en estas herramientas, sino únicamente aquellos que, según la citada sociedad, tienen interés y son pertinentes para los usuarios[…]". "Meta Platforms Ireland utiliza *cookies* [testigos], social *plug-ins* [complementos sociales] y píxeles de seguimiento, como indican sus condiciones del servicio y sus directrices. Mediante las cookies puede determinar la fuente de las consultas. En caso de que no se hayan activado las cookies, no pueden utilizarse muchos de los servicios prestados por Meta Platforms Ireland. Los operadores de sitios de Internet de terceros «insertan» en sus páginas los social plug-ins de Facebook. El más extendido es el botón «Me gusta» de Facebook. En cada consulta de páginas de Internet que incluyen dicho botón, se transmiten a Meta Platforms Ireland las cookies instaladas en el aparato utilizado, la URL de la página visitada y otros datos, como la dirección IP o la hora. Para ello, no es necesario que el usuario haya hecho clic en el botón «Me gusta», dado que el mero hecho de visualizar una página de Internet que contenga tal plug-in basta para que estos datos se transmitan a continuación a dicha sociedad".

derechos de los usuarios de esta plataforma que garantiza el RGPD (apartado 64, sentencia META 2024). Ello tiene una traslación directa y clara en el marco de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que pueden articular la relación de los usuarios con dichas plataformas, y supone una clarificación de las obligaciones que se hacen recaer sobre el empresario, que exceden del claro articulado y obligaciones de la DCSD, que se ven complementados de forma estricta con las exigencias derivadas del RGPD.

II.- EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A CAMBIO DE LA CESIÓN DE USO DE SUS DATOS PERSONALES POR EL CONSUMIDOR.

1.– Descripción de la modalidad contractual y antecedentes

Una de las principales novedades regulatorias de la DCSD es la inclusión en su ámbito de aplicación de aquellos contratos en que los contenidos o servicios digitales se suministran no a cambio de una remuneración económica, sino de la cesión por el consumidor del uso de sus datos personales al empresario, para que este los pueda tratar con una finalidad que no tenga conexión directa con las prestaciones que son objeto del contrato. Esta cesión pasa a constituir, en el citado esquema negocial, la contraprestación necesaria a todo contrato sinalagmático.

La inclusión de este tipo de contratos en el ámbito de aplicación de la DCSD la dispone expresamente el artículo 3 DSCD, en su apartado primero[119]. Quedan excluidos los supuestos en que la cesión de los datos personales por el consumidor, y su tratamiento ulterior por el empresario se limite a lo necesario para verificar el suministro de los contenidos digitales, o bien para cumplir una obligación legal. En tales supuestos, la cesión de datos no es sino un medio instrumental o condición para la consecución de otro objetivo negocial, o una exigencia normativa, pero no una decisión autónoma y consciente del consumidor, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, de ceder sus datos personales como contraprestación para la obtención de un contenido o servicio digital.

[119] "La presente Directiva también se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando 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". Artículo 3 DCSD, apartado 1, segundo párrafo.

Con la regulación de este supuesto el legislador opta por asumir una realidad hoy día cotidiana[120], a fin de ofrecer al consumidor, también en estos casos, el régimen de protección establecido por la DCSD[121].

Ello adquiere más relevancia aún si se tiene en cuenta que, en una parte importante de los casos, dichos consumidores serán menores o adultos jóvenes (los cuales integran cohortes destacadas entre los adquirentes, hoy día, de contenidos o servicios digitales en la red)[122]. El legislador de la UE pasa a integrar plenamente en el ámbito objetivo de la DSCD (con algunas especialidades, según veremos), una realidad contractual que hasta ahora venía considerándose un contrato gratuito (Sánchez Lería. 2018:5) o no remuneratorio.

La realidad que ofrece hoy el comercio electrónico en las grandes plataformas muestra una duplicidad de modelos de oferta de los contenidos o servicios digitales, donde se encuentran modelos de mercado de bajo precio (generalmente dirigidos a consumidores) y otros de precios altos (dirigidos a anunciantes y empresarios); en el primero, los perceptores se benefician de los servicios de forma gratuita o a precios muy bajos, tanto porque los mismos son costeados por los actores del "otro lado", porque la forma de pago es la facilitación de datos, personales o no, por parte del consumidor a la plataforma (Senechal. 2016:43).

A este fenómeno se había referido también el SEPD en su dictamen 8/2016, en el que además de señalar el creciente valor de los datos personales en los

[120] Así lo señalaba la evaluación de impacto presentada por la Comisión: "[d]igital content provided without paying money, for instance by simply 'registering', accounts for a very large proportion of consumer digital content. Recent data shows that around 30% of consumers (legally) accessing antivirus and navigation software or cloud storage services, 77% of those streaming events and more than 50% of those watching films and TV content, reading e-books or playing games do so without paying money.74 The importance of digital content not supplied against money is confirmed by additional recent data. During the last 12 months, 82% and 80% respectively of EU internet users watched sport events and audiovisual content (films, series, video clips and TV content), 77% listened to music, 76% played games and 64% accessed e-books while not paying money". Documento de trabajo de la Comisión SWD(2015) 274 final, pág. 15.

[121] "A great news of Directive 2019/770/EU is that it gives the consumer the opportunity to see himself recognized the possibility of activating the contractual remedies even where he paid by transferring his personal data, being by now assumed their nature of "contractual consideration" (Simona. 2018:2).

[122] Uso de Internet por edades en España: https://www.ine.es/ss/Satellite?c=INESeccion_C&cid=1259925528782&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

mercados digitales y su progresiva consideración como un activo *intra commercium*, venía a subrayar cómo las grandes plataformas intermediadoras entre distintos grupos de usuarios habían crecido enormemente ofreciendo contenido gratuito, a fin de obtener ingentes cantidades de datos personales[123].

El ámbito de aplicación de esta modalidad de contrato viene explicado con amplitud en los considerandos 23 a 25 de la DCSD, en los que se mencionan algunas de las cuestiones más controvertidas que ha planteado esta innovación legislativa. Entre ellos está la consideración de los datos personales como bien negociable, de consecuencias sustanciales como se expone más adelante. El considerando 24 explica que debe aplicarse la directiva en los casos en que el consumidor "dé su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales".

A su vez, el considerando 25 menciona cómo quedan excluidos de la DCSD aquellos supuestos en que el empresario "reciba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, excepto cuando esta situación se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional", o cuando sin haber celebrado un contrato, el consumidor se expone a recibir publicidad con el único fin de acceder a contenidos o servicios digitales.

En esta delimitación de la figura no se mencionan expresamente casos como, por ejemplo, el de la obtención de datos personales por medio de cookies aceptadas por el consumidor en su navegación, que cabe entender, al menos en parte, implícito en la referencia a los metadatos del considerando 25 DCSD. Sin embargo, no es un supuesto que sea objeto de específica atención en la DCSD, sino que es

[123] 'Multisided' digital platforms, which are typical mediators for most people's online experience, treat individuals and organisations as suppliers of ideas and products to be matched with others. Successful data-driven multi-sided platforms have grown through offering 'free' content and/or services in order to gather masses of personal information, revealing individuals' past, present and even future habits and preferences. The platforms attract paying customers on one side – typically advertisers – through the collection and analysis of personal information gathered from non-paying customers on the other side.This blurs the traditional distinction between consumer and producer" Dictamen 8/2016 del SEPD, sobre una aplicación coherente de los derechos fundamentales en la era de del Big Data. Pág 6. https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf. Verificado el 30 de septiembre de 2024).

principalmente objeto de la Directiva 2022/58/CE[124], sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas.

El objetivo perseguido por el legislador, como expresamente menciona el considerando 24, es el de garantizar que los consumidores "en el contexto de dichos modelos de negocio", tengan derecho a las medidas de corrección de los contratos que contiene la DCD, sin menoscabar (al menos esa es la pretensión), la condición de derecho fundamental y la consiguiente protección de los datos personales del consumidor que establece este tipo de relación jurídica con el empresario suministrador de los contenidos o servicios digitales.

El considerando 24 DCSD reconoce esta realidad al señalar que los modelos de negocio en los que los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de un precio se utilizan, "en diferentes formas, en una parte considerable del mercado". Staudenmayer (2020:70) señala que esta esta modalidad está particularmente presente en el caso de los contenidos audiovisuales (en especial, retransmisiones deportivas), de música digital, juego en línea y libros digitales.

Metzger (2019:1) considera que la inclusión de este tipo de contratos en la DCSD constituye un cambio de paradigma en la normativa de protección de datos. Con anterioridad a la DCSD (en el "viejo paradigma" a que se refiere el autor), se ofrecían "servicios gratuitos" a los consumidores que daban su consentimiento al procesamiento de sus datos personales, siendo consideradas ambas transacciones independientes una de otra. Las principales plataformas, redes sociales o motores de búsqueda (además de muchos otros proveedores de contenidos digitales) no solicitaban pago alguno de los consumidores, ya que sus ingresos provenían de la publicidad que sí cobraban a los clientes profesionales que se anunciaban en sus plataformas, redes o motores de búsqueda. En tales casos, el tratamiento de los datos (con fundamento en ese consentimiento o cualquiera de las otras causas legitimadoras del artículo 6, apartado 1, del RGPD) se consideraba un acto jurídico

[124] 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). DOUE L 201 de 31.7.2002, p. 37/47.

unilateral, adiciona y separado del contrato de servicio, que expresamente se afirmaba gratuito en los términos de uso o cláusulas generales aplicables.

A) Precedentes de esta figura en la Unión Europea

Aunque la novedad desde un punto de vista normativo se ha producido en la DCSD, la modalidad "contrato de suministro digital a cambio de la cesión del uso de los datos personales del consumidor" se venía considerando con anterioridad por la Comisión Europea, como constatan estudios e incluso propuestas normativas previas a la DCSD.

Una primera mención a esta modalidad contractual la encontramos en la Comunicación de la Comisión "Una Agenda digital para Europa"[125], de mayo de 2010. En ella se analizaban los beneficios sociales y económicos que se consideraba que podían obtenerse de un mercado único digital fundado sobre sobre una Internet "rápida y ultrarrápida" y unas aplicaciones interoperables. En su apartado 2. 1. 1, bajo la rúbrica "Apertura del acceso a los contenidos", y en relación con un necesario impulso a la creación, producción y distribución de contenidos digitales, se afirmaba la necesidad de que existiesen en la UE plataformas en línea más competitivas, lo cual exigía "modelos de negocio innovadores a través de los cuales se pueda acceder a los contenidos y pagar por ellos de muchas formas diferentes"[126].

[125] "Una Agenda digital para Europa". Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Documento COM(2010)245 final. Bruselas, 19 de mayo de 2010. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:ES:PDF. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[126] Ibídem, pág. 9: "La distribución digital de contenidos culturales, periodísticos y creativos, al ser más rápida y barata, permite a los autores y proveedores de contenidos llegar a audiencias nuevas y más extensas. Europa necesita impulsar la creación, producción y distribución (en todas las plataformas) de contenidos digitales. Por ejemplo, Europa cuenta con importantes editores, pero hacen falta plataformas en línea más competitivas. Esto exige modelos de negocio innovadores, a través de los cuales se pueda acceder a los contenidos y pagar por ellos de muchas formas diferentes y se consiga un justo equilibrio entre la remuneración de los titulares de los derechos y el acceso del público en genral a los contenidos y los conocimientos. Si todas las partes interesadas cooperan sobre una base contractual, es posible que no resulte necesario legislar para que puedan prosperar estos nuevos modelos de negocio. La disponibilidad de una oferta legal en línea amplia y atractiva constituiría asimismo una respuesta eficaz a la piratería".

En dicho documento, y en la parte sobre la necesidad de crear confianza en el mundo digital, se contemplaba entre las acciones a acometer que la Comisión propusiera, a más tardar en 2012, "un instrumento opcional de Derecho contractual que complementará la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea"[127].

También debe citarse como precedente significativo de la modalidad contractual ahora considerada, la interpretación que hizo la Comisión Europea del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE, en el informe emitido en junio de 2014[128]. Se trata de un documento público, elaborado por la DG Justice de la Comisión Europea, a fin de facilitar el proceso de incorporación por los Estados miembros a sus Derechos nacionales de la Directiva. Aunque este tipo de documentos y los criterios que incorporan no son jurídicamente vinculantes y sólo tiene el valor de orientaciones de la Comisión, resultan de indudable interés por cuanto la Comisión, como guardiana de los tratados de la Unión, es a la que le corresponde vigilar la debida transposición de las directivas. Pese a que sus opiniones no vinculen al Tribunal de Justicia, intérprete único del Derecho de la Unión, si tienen una indudable importancia como orientación en la interpretación por los Estados miembros, en tanto no sea corregida por el órgano judicial de la Unión.

En este sentido, en el citado documento se abordaban en su epígrafe 12, "los Productos Digitales en línea"[129], sobre los que la Comisión interpretaba lo siguiente en cuanto a la extensión del ámbito de aplicación del artículo 2, apartados 5 y 6, de la Directiva:

> *Es más, de acuerdo con la distinción realizada en el considerando 19, los contratos para contenidos digitales en línea están sujetos a la Directiva, incluso*

[127] Ibídem, pág. 15.
[128] Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. Comisión Europea. DG Justice. Junio de 2014. https://commission.europa.eu/document/download/f1f42e20-e4a1-4d8b-a1ef-d06acccba34e_en?filename=crd_guidance_en_0_updated.pdf. Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[129] Ibidem, pág. 64.

cuando no comportan el pago de un precio por parte del consumidor. De hecho, si bien la Directiva, en su artículo 2, apartados 5 y 6, define «contrato de venta» y «contrato de servicios» como contratos en los que el consumidor paga o se compromete a pagar un precio, la Directiva no contempla ninguna disposición por la que los contratos para contenidos digitales en línea estén sujetos a un requisito similar de que el consumidor tenga que pagar un precio.

La inclusión de los contratos de suministro de contenidos digitales en línea gratuitos amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la Directiva. No obstante, habida cuenta de que la Directiva se aplica a «contratos celebrados entre comerciantes y consumidores» (artículo 1), no se debe aplicar al contenido digital en línea ofrecido mediante la retransmisión de información en Internet sin la celebración expresa de un contrato. El acceso a un sitio web o una descarga desde un sitio web no debe considerarse, en sí mismo, un «contrato» a los efectos de la Directiva.

Los contratos de suministro de contenidos digitales sin contraprestación dineraria celebrados con los consumidores, quedaban así a juicio de la Comisión, amparados por la Directiva 2011/83/UE, si bien excluyendo los supuestos de mero acceso o descarga desde una web, en línea con las exclusiones hoy establecidas en la DCSD.

Desde el punto de vista de la mejora de la protección de los consumidores, la Comisión abordó también la cuestión en su Comunicación de 2018 "Un nuevo Marco para los Consumidores"[130], señalándolo como un problema a que se enfrentaban los consumidores y que requería la adopción de medidas también en régimen legal de consumidores de la Unión:

Otra laguna en la protección de los consumidores se produce en servicios digitales «gratuitos» para los que los consumidores facilitan sus datos personales, en lugar de pagar con dinero. Estos servicios «gratuitos» incluyen

[130] Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. "Un Nuevo Marco para los Consumidores". Documento COM(2018) 183 final. Bruselas, 11 de abril de 2018. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

almacenamiento en la nube, redes sociales y cuentas de correo electrónico. Habida cuenta del creciente valor económico de los datos personales, no se puede considerar que esos servicios sean simplemente «gratuitos». Por consiguiente, los consumidores deben tener el mismo derecho a la información precontractual y a cancelar el contrato en un periodo de «reflexión» de 14 días, independientemente de que paguen por el servicio con dinero o faciliten datos personales.

Otro precedente que debe citarse es la legislación que, sobre los contratos de suministro digital, se había aprobado en Reino Unido en el año 2015 (por tanto, antes del Brexit), como parte de su legislación de consumo (*Consumers Right Act* de 2015)[131]. Esta normativa incluía, en el ámbito de aplicación de su capítulo 3 (Digital content), una sección 33, que incluía en el ámbito de aplicación aquellos contratos en que se suministrase gratuitamente contenido digital junto con otros bienes, servicios o contenidos digitales por los que el consumidor sí pagase un precio, o se tratase de contenido digital que no se suministrase gratuitamente a consumidores salvo que hubiesen pagado un precio por él, o por bienes o servicios u otro contenido digital. Es decir, no regulaba expresamente el contrato de suministro digital a cambio de datos personales del consumidor, pero sí atendía ya, en lo que supone un precedente regulatorio en la legislación de los entonces EEMM, al menos en los reducidos casos que se han mencionado, la inclusión en el ámbito del contrato de contenidos gratuitos.

La guía explicativa que, para empresarios, se emitió por el Departamento británico competente sobre este aspecto de la citada *Consumers Right Act*[132] explicaba, en relación con esta cuestión, que el contenido digital gratuito que se suministrase no se beneficiaba en principio de los derechos sustantivos reconocidos al consumidor que los contrataba a cambio de un precio, salvo el derecho a la

[131] Disponible en https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes/division/3/1/4#:~:text=If%20the%20digital%20content%20is,or%20replaces%20the%20digital%20content. Verificado el 20 de octubre de 2024.

[132] Consumer Rights Act: Digital Content. Guidance for Business. September 2015. Department for Business Innovation & Skills. https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/CRA-Digital-Content-Guidance-for-Business-Sep-2015.pdf . Verificado el 20 de octubre de 2024.

compensación por daños y perjuicios que pudiesen haber causado el contenido o servicio suministrado a los bienes o dispositivos de dicho consumidor[133].

Igualmente, en Países Bajos se había adoptado también en 2015 una modificación de la normativa sobre ventas a consumidores, para incluir dentro de su ámbito de aplicación los contratos por los que se pactaba la adquisición de contenido digital gratuito, siguiendo una sentencia de su tribunal supremo[134] que había reconocido la aplicación de dicha normativa a estos contratos en 2012. La regulación adoptada en 2015 fue sin embargo parcial hasta la completa transposición de la DCSD, y no se regulaba tampoco, en igualdad de condiciones que los supuestos en que mediaba precio, el contrato de suministro digital a cambio de datos personales (Loos. 2021:230).

B) La propuesta de Reglamento CESL

Aunque anteriormente, al tratar los precedentes de la Estrategia MUD, se ha aludido a esta propuesta de Reglamento CESL[135]. Es obligado volver a referirnos a ella al buscar los antecedentes de la regulación del contrato de suministro digital a cambio de datos personales.

La primera mención a la posibilidad de abordar esta regulación opcional de Derecho contractual se recogió en el Libro Verde[136] presentado por la Comisión Europea en julio de 2010, en que se exponían las posibilidades sobre cómo avanzar

[133] ""Free digital content" is digital content that the consumer does not pay money for, which includes digital content supplied in exchange for personal data. If you get revenue from the supply of digital content through advertising or through other means such as the legal use of consumer's data, but the consumer does not pay money for it, the digital content is free to the consumer and so the quality rights do not apply". Ibídem, pág. 7.

[134] Sentencia de la Hoge Raad 27 de abril de 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (Beeldbrigade).

[135] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. Documento COM/2011/0635 final. Bruselas 11 de octubre de 2011. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635. Verificado el 21 de octubre de 2024.

[136] Libro verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. Documento COM(2010)348 final. Bruselas, 1 de julio de 2010. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:es:PDF . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

en el Derecho contractual europeo para consumidores y empresas. En esta comunicación se analizaban un total de siete posibles opciones que, de menor a mayor intensidad en cuanto a su efecto, iban desde la mera publicación de estudios sobre la materia hasta inclusiva creación de un código civil europeo, pasando por la finalmente elegida: crear un régimen jurídico nuevo para el derecho contractual, de aplicación voluntaria y opcional, que funcione como un régimen autónomo y alternativo al ya existente en cada Estado miembro, y que las partes puedan elegir libremente como ley aplicable a sus contratos. En dicho Libro verde la Comisión anunciaba la presentación de una propuesta en materia de Derecho de contratos, que se materializó en octubre de 2011 en la propuesta de Reglamento CESL.

Debe recordarse que la propuesta de CESL culminó un largo proceso de más de 10 años en que la Comisión Europea maduró, con la colaboración de expertos y asesores, cómo abordar la armonización del derecho contractual en la Unión Europea, que recibió críticas por el origen y composición -poco equilibrada geográficamente- de los grupos de trabajo que participaron en su redacción. Como se recordará, se barajaban distintas opciones para poner en práctica una acción armonizadora más ambiciosa que la seguida en la fase inicial del mercado interior y su evolución hasta ese momento, donde se había abordado sólo la armonización sectorial de contratos específicos, con mayor o menor intensidad.

Con dicha propuesta, que se presentó en forma de reglamento UE (apostando por ello por el nivel máximo de armonización), la Comisión buscaba favorecer la actividad económica transfronteriza en la Unión, eliminando los costes adicionales que, en términos de información, asesoramiento jurídico, negociaciones y adaptaciones contractuales, resultan de la aplicación de diferentes legislaciones, que elevaban significativamente, en los análisis manejados por la Comisión, los costes y la complejidad de este tipo de operaciones respecto de las realizadas en un escenario puramente nacional.

El objetivo de la propuesta, como señalaba el apartado primero de su exposición de motivos, buscaba mejorar el funcionamiento del mercado interior y favorecer el comercio transfronterizo, para lo cual se buscaba adoptar un segundo

régimen de Derecho contractual aplicable a los contratos de compraventa, que se ofreciese como alternativo al preexistente en el Derecho nacional de cada Estado miembro[137], insertándose para ello, sin desplazarlo, en cada legislación interna. En caso de escogerse por los contratantes la regulación ofrecida por el Reglamento CESL, sus normas devenían obligatorias para ellos, sin que pudiesen ya volver a optar por aplicar el régimen nacional correspondiente; la ventaja se encontraba en que, en caso de que los contratantes residiesen en EEMM distintos, en caso de escoger el régimen del Reglamento CESL, se les aplicaría la misma normativa[138].

El ámbito de aplicación que finalmente se eligió para la propuesta de Reglamento CESL no se extendía, como se llegó a barajar inicialmente, a todo el Derecho de contratos, sino que se circunscribía al contrato de compraventa transfronterizo, concepto que se utilizaba en un sentido amplio, abarcando no solo la compraventa de bienes tradicional sino también la adquisición de contenidos digitales, de ahí la importancia de considerar esta propuesta entre los antecedentes cercanos de la DCSD.

Se incluyeron asimismo los contratos de servicios –por tanto, ya no estrictamente de compraventa- relacionados con los anteriores. Constituía por tanto la propuesta el precedente no solo de la regulación de los contratos de sin contraprestación pecuniaria, sino con carácter general, de los contratos de suministro digital.

En cuanto a su delimitación subjetiva, la propuesta de Reglamento CESL presentaba cierta complejidad: incluía los contratos entre empresarios (que se

[137] "El objetivo general de la propuesta consiste en mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores. Este objetivo puede alcanzarse mediante la puesta a disposición de un corpus uniforme y autónomo de normas de Derecho contractual que incluya disposiciones para proteger a los consumidores, la normativa común de compraventa europea, que ha de considerarse un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros". Apartado primero, "Contexto de la propuesta", pág. 4, de la propuesta de Reglamento CESL.

[138] Beale (2016:6) lo explicaba con el siguiente ejemplo: "Suppose an English internet seller directed its website towards consumers in Spain, but asked the consumers to agree to use the CESL. A consumer habitually resident in Spain who agreed to buy goods on these terms would still be entitled to the protection of the law of the mandatory rules of Spanish law but, because he or she has agreed to use the CESL, it is the mandatory rules of the CESL which will apply and these rules would be the same in both Spanish and English law".

definían específicamente) y consumidores (B2C), pero se contemplaba también su aplicación a los celebrados entre empresarios (B2B) si al menos una de las partes del contrato era una PYME (concepto que también se definía específicamente). Los contratos entre particulares quedan expresamente excluidos.

En cuanto a su estructura, la propuesta se articulaba en dos partes claramente diferenciadas, una primera que constituía propiamente la parte dispositiva del reglamento (18 artículos), en donde se establecían el objeto, definiciones, y ámbito de aplicación, y se regula la forma, requisitos y consecuencias de la elección por las partes contratantes de esta normativa como rectora de su contrato de compraventa. En un segundo y extenso anexo de 186 artículos se detallaba el nuevo régimen jurídico, que se concebía para insertarse en la legislación nacional como una alternativa opcional a la regulación nacional ya existente del contrato de compraventa. Era una regulación amplia y minuciosa, cuyo origen está en los trabajos de años anteriores realizados por distintos grupos de expertos mandatados por la Comisión, en el contexto del conocido como "Marco Común de Referencia" (proyecto para establecer un conjunto de definiciones y principios comunes que debían inspirarse las propuestas del derecho contractual europeo). La detallada regulación comprendía las fases de preparación, perfección y consumación del contrato, incluyendo su resolución. Tenía dicha regulación una clara vocación de exclusividad puesto que, una vez elegida como la regulación aplicable, excluía expresamente la aplicación de la normativa nacional a lo no expresamente resuelto en aquella.

La propuesta de Reglamento CESL (artículo 5, apartado b)), incluía en su ámbito material de aplicación los contratos "de suministro de contenidos digitales", incluidos aquellos en que no se pactase una contraprestación dineraria. Como explicaba el considerando 17 de la propuesta[139], el ámbito de aplicación de la

[139] "A fin de tomar en consideración la creciente pujanza de la economía digital, el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea debe abarcar también los contratos de suministro de contenidos digitales. La transferencia de contenidos digitales para su almacenamiento, procesamiento o acceso, así como para su uso reiterado, como la descarga de música, ha registrado un rápido crecimiento y encierra aún un gran potencial de crecimiento, pese al considerable grado de diversidad e incertidumbre jurídica que todavía rodea este campo. La normativa común de compraventa europea debe abarcar por

normativa común de compraventa europea que se proponía por la Comisión debía abarcar también los contratos de suministro de contenidos digitales, debido al enorme crecimiento que había experimentado, en aquel momento, la transferencia de contenidos digitales, crecimiento que se consideraba tenía un gran potencial. Por ello, concluía el citado considerando explicando que "[l]a normativa común de compraventa europea debe abarcar por tanto el suministro de contenidos digitales, con independencia de que dichos contenidos se suministren o no en un soporte material".

El considerando 18 se refería ya específicamente al contrato de suministro digital sin contraprestación pecuniaria, y explicaba la realidad existente en el mercado afirmando que, ante ella, la aplicabilidad de la normativa común de compraventa que se proponía no debía depender de si mediaba o no el pago de un precio[140]. Cámara Lapuente (2020:847)[141] señala el carácter pionero de dicha regulación, pero Metzger (2019:1), quizá con más precisión, afirma que dicho considerando 18 expresaba por primera vez la idea de tratar en pie de igualdad la consideración del dinero y de los datos personales como forma de pago.

Pero el régimen que se proponía en el proyecto de Reglamento CESL difería significativamente del posteriormente establecido en la DCSD. En primer lugar, su artículo 5, letra b), permitía recurrir a la normativa común de compraventa que se proponía en los contratos de suministro de contenidos digitales tanto si dichos contenidos se suministraban "a cambio del pago de un precio como si no". El enfoque

tanto el suministro de contenidos digitales, con independencia de que dichos contenidos se suministren o no en un soporte material.". Considerando 17 de la propuesta de Reglamento CESL.

[140] "A menudo, 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". Considerando 18 de la propuesta de Reglamento CESL. Documento COM(2011)0635 final.

[141] Cámara Lapuente (2020:847) señala cómo la propuesta de Reglamento CESL fue el primer intento en la UE de incluir en el marco de protección de consumidor los contratos sobre contenidos digitales en los que la contraprestación no fuese dinero sino la cesión de datos por parte del consumidor; se incluía en la propuesta cualquier otro contrato de suministro digital en que no mediase el pago de un precio.

era, pues, distinto, pues esta redacción daba cabida no solo a los contratos cuya prestación fuese la cesión de uso de los datos personales del consumidor, sino también a contratos netamente gratuitos.

Ello tenía como principal consecuencia que el régimen de remedios ofrecidos al comprador fuese distinto según hubiese mediado un precio o no. Así, en el anexo de la propuesta, que contenía la propuesta de regulación contractual alternativa, se iban estableciendo las particularidades que debían aplicarse a las modalidades contractuales sin contraprestación dineraria, que los diferenciaba significativamente del régimen aplicable a los contratos en que si mediase precio.

De este modo, el artículo 107 del Reglamento CESL venía a limitar extraordinariamente los remedios que el comprador podía invocar cuando no hubiese mediado precio en el contrato: no podía exigir el cumplimiento, suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones, resolver el contrato exigiendo la devolución del precio ni reclamar una reducción del precio (esto último, perfectamente comprensible al no haber mediado ninguno). El único remedio que se le brindaba era la posible exigencia de una indemnización por daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en el artículo 106 CESL, "en relación con las pérdidas o los daños que ocasione en sus propiedades, incluidos los equipos, los programas y los datos" derivadas de la falta de conformidad de los contenidos suministrados.

Otro ejemplo de estas diferencias se encontraba en el artículo 130 del Reglamento CESL, que al regular la entrega anticipada de los bienes o servicios adquiridos o la entrega de cantidad incorrecta por parte del vendedor al comprador, imponía a este último la obligación de aceptarlos a menos que tuviese un interés legítimo en no hacerlo, Pero de tal regla se excluían expresamente, conforme al apartado 6, los contratos en que los contenidos digitales no se suministrasen a cambio del pago de un precio.

Una diferencia más se establecía en su artículo 173, que preveía, en caso de anulación o resolución del contrato por cualquiera de las partes, la devolución del valor monetario en caso de imposibilidad de devolver lo recibido. Su apartado 6 disponía que en los contenidos suministrados sin mediar precio no se produciría

restitución alguna. El enfoque era pues diferente, y aunque la regulación de dicha propuesta de Reglamento CESL supuso abrir camino en la senda que cuatro años más tarde seguiría la propuesta de DCSD, lo cierto es que no se atribuía al contrato de contenidos digitales a cambios de datos personales la misma significación que aquellos en que mediaba el pago del precio, ni la protección otorgada al consumidor, en términos de remedios ante el incumplimiento del suministrador, eran comparables

La propuesta de Reglamento CESL fue muy bien recibida por el Parlamento Europeo[142], pero lo fue mucho menos por el Consejo de la Unión, donde los EEMM expresaron grandes dudas sobre el enfoque de incluir un régimen alternativo opcional para los contratantes en su Derecho nacional, y sobre la verdadera necesidad de hacerlo. Beale (2016:6) señala que tampoco las asociaciones de consumidores se mostraron entusiasmadas, ante el temor de que el proceso legislativo llevase a un acuerdo de mínimos que acabase rebajando el umbral de protección inicial. Pero sobre todo, subyacía en la posición de los EEMM el riesgo de que este instrumento pudiese ser un primer paso de la Comisión para acabar imponiendo un régimen uniforme de contratos en la UE.

Por ello, tras un tortuoso y finalmente infructuoso proceso de negociación legislativa[143], la Comisión Juncker retiró la propuesta en 2015, al hijo de la presentación de la Comunicación sobre la Estrategia MUD, en la que se anunciaba ya la propuesta de DCSD que fue presentada ese año. El fracaso final de esta propuesta impidió que en aquella ocasión se positivizase la regulación de los contratos de suministro digital sin contraprestación dineraria.

[142] "The Legal Affairs Committee ("JURI") supported the proposal subject to a number of (mainly very helpful) amendments and its report was adopted by the European Parliament by a substantial majority" (Beale. 2016:6).

[143] El Parlamento Europeo aprobó la proposición de Reglamento en primera lectiva mediante resolución legislativa de 26 de febrero de 2014 (DOUE C 181, 21.6.2012, p. 75). Sin embargo, la propuesta fracaso en el Consejo, debido a la resistencia de un buen número de EEMM (Schulze, Staudenmayer. 2020:4).

C) Los trabajos preparatorios de la DCSD

A partir del señalado precedente en la propuesta de Reglamento CESL, la posibilidad de incluir los contratos sin contraprestación dineraria fue, lógicamente, analizada en los trabajos preparatorios que antecedieron a la propuesta de DCSD. En el documento explicativo que acompañó a dicha propuesta, en el que se ofrecían y comentaban los resultados de las consultas previas realizadas por sus servicios, la Comisión afirmaba que inclusión de los contratos de suministro digital a cambio de datos personales en el ámbito de la nueva propuesta DCSD había sido fuertemente apoyada por las organizaciones de consumidores, mientras los empresarios y sus representantes habían presentado posiciones divididas al respecto, al temer muchos de ellos que la regulación pudiese solaparse con la de Protección de datos. Los EEMM que respondieron a la consulta también se mostraron divididos al respecto[144].

Esto se refleja en el resultado de la consulta pública que sobre la propuesta lanzó la Comisión a través de su página web entre el 12 de junio y el 3 de septiembre de 2015. Las asociaciones de consumidores fueron claramente favorables a que se incluyesen contratos con todo tipo de contraprestaciones, estableciendo una regulación lo más análoga posible en cuanto a los criterios de conformidad, y en cuanto a las medidas reparadoras ofrecidas y su aplicación[145] (apuntando con ello a una línea completamente diferente a la que, según se ha señalado antes, siguió la Comisión en la propuesta de Reglamento CESL).

Asimismo, en los debates mantenidos por el *Stakeholder Consultation Group for consumer rules for online and Digital Purchases* (grupo de consulta integrado por

[144] "This instrument would cover digital content supplied not only for a price but also in exchange for (personal and other) data provided by consumers, as these data have an economic value for digital content suppliers. While consumer organisations are in favour of such an approach, businesses are more divided. Some businesses fear a risk of overlap with data protection rules. Of the Member States which responded to the public consultation, four would not be in favour. All the others support this approach or are at least open for discussion". Documento de trabajo de la Comisión, acompañando a la propuesta de DCSD. Documento SWD(2015) 274 final. Bruselas, 9.12.2015, pág. 46.

[145] "Digital content. Consumer associations. […] Given that digital content is increasingly provided against users' data or other counterperformance, all kinds of counter-performances should be covered. The content should be as comprehensive as possible, including conformity criteria, remedies and the exercise of such remedies." Ibidem, pág. 62.

representantes de partes interesadas, constituido por la Comisión y que debatió la propuesta entre enero y octubre de 2015), se alcanzó un aparente consenso sobre la conveniencia de incluir en la propuesta el contenido digital "gratuito" entregado a cambio de una contraprestación distinta a la pecuniaria "como puedan ser los datos personales", siempre que su regulación no se solapase con las normas de protección de datos[146].

Como señala el considerando 13 de la propuesta de DCSD, no se consideró finalmente justificado por la Comisión el introducir una diferenciación entre los contratos objeto de la DCSD según fuese la naturaleza de la contraprestación, entendiendo que hacerlo así generaría una discriminación entre distintos modelos de negocio, siendo lo cierto que los supuestos de no conformidad perjudicarían de igual manera los intereses de todos los consumidores afectados, con independencia de que hubiesen pagado un precio en dinero o hubiesen facilitado sus datos personales. Se valoró también que diferenciar ambas modalidades de contratos imponiendo, ante supuestos de no conformidad, obligaciones más livianas a los empresarios en caso de que no mediar contraprestación en dinero-, supondría un incentivo no justificado que les llevaría a inclinarse por el modelo de contrato a cambio de datos[147].

En esta decisión final de incluir en la propuesta los contratos sin contraprestación pecuniaria pesó sin duda la consideración de que el carácter gratuito con el que inicialmente se habían venido ofrecido muchos servicios digitales por las grandes plataformas ha determinado, como señala de Miguel Asensio (2018), un escaso rigor en el control que correspondía a las autoridades públicas, debido a la escasa conciencia por parte de los usuarios de las implicaciones que comportaban para sus datos personales, situación que sin duda ha ido

[146] "There seems to be some consensus [in the Stateholders consultation group] to include free digital content provided against another counter performance than money (such as personal data) in the scope of the proposal, provided that it does not overlap with data protection rules." Ibidem, pág. 68.

[147]"[…] Con frecuencia los contenidos digitales no se intercambian por un precio, sino por una contraprestación diferente al dinero, es decir, permitiendo el acceso a datos personales o a otro tipo de datos. Estos modelos de negocio específicos se aplican de diferentes formas en una parte considerable del mercado. La introducción de una diferenciación dependiendo de la naturaleza de la contraprestación generaría una discriminación entre los diferentes modelos de negocio, ofrecería un incentivo injustificado a las empresas para orientarse hacia la oferta de contenidos digitales a cambio de datos. Deben garantizarse condiciones equitativas […]" Considerando 13 de la propuesta de DCSD.

cambiando debido a la creciente concienciación por los consumidores del valor de sus datos.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad como base de la libertad contractual, otros autores venían defendiendo la perfecta licitud de este tipo de contratos.

En cualquier caso, el análisis debe partir del requisito imprescindible de la patrimonialidad, como requisito necesario de todo contrato: el contenido económico de las prestaciones objeto del mismo, ya se trate de bienes (materiales o inmateriales) o de servicios. A ello nos referiremos de manera específica más adelante.

2. – Delimitación del contrato a cambio de datos personales. Supuestos incluidos y excluidos

Debe significarse que la propuesta inicial de la Comisión presentaba, en relación con esta modalidad de contratos, una diferencia fundamental respecto del texto final: contemplaba la posibilidad de que la contraprestación no dineraria consistiese en datos personales o "en otro tipo de datos" que facultase el consumidor. La redacción finalmente aprobada del artículo 3 DCSD limita esta posibilidad contractual, como hemos visto, exclusivamente a los supuestos en que el consumidor facilita datos personales, excluyendo otros datos que no son objeto de regulación por el RGPD.

La razón de este cambio introducido durante la tramitación hay que buscarla quizá en el dictamen emitido por el SEPD sobre la propuesta de DCSD, que señalaba que, en atención a la amplísima definición de "dato personal" contenida en la DCSD, en la inmensa mayoría de los casos los datos que el consumidor iba a proporcionar al empresario iban a ser considerados datos de carácter personal[148]. En relación con

[148] "In the light of the broad definition of personal data, it is likely that almost all data provided by the consumer to the provider of the digital content will be considered as personal data". Dictamen 4/2017 del SEPD, sobre la propuesta de DCSD, apdo. 37.

este punto, Staudenmayer (2020:70) entiende que sí podían haber existido otros supuestos admisibles que podrían haberse incorporado a la Directiva, como aquellos en que se proporcionasen datos anónimos o anonimizados.

A ello también se refiere el informe sobre el uso comercial de los datos de los consumidores, publicado en 2015 por la Autoridad británica de supervisión de la competencia y los mercados[149] (incluido entre los que consideró la Comisión en los trabajos preparatorios de la DCSD). Dicho informe, que recoge los resultados del estudio realizado por el supervisor británico para determinar cómo los datos de los consumidores venían siendo obtenidos y utilizados comercialmente en los mercados, incluía tres categorías de datos que podían ser utilizados comercialmente: datos anónimos (información obtenida y utilizada sin ninguna identificación personal y en la ésta resulta improbable), datos anonimizados (*pseudonymous* data, información obtenida y utilizada sobre individuos que puede contener alguna elemento personal, como la edad o el género, pero no identificadores personales) y meta-datos agregados (datos creados combinando distintos tipos de datos, personales, anónimos y anonimizados, de un gran número de individuos, que se utilizan agrupados; suelen ser los utilizados por las empresas para la selección de segmentos de población como destinatarios de sus productos).

En relación con estas categorías de datos no personales, es interesante atender al Reglamento (UE) 2018/1807 sobre libre circulación de datos no personales[150]. Mediante esta norma se aplica el principio de libre circulación de datos personales en la Unión establecido por el RGPD a los datos de carácter no personal, cuya circulación no puede ser restringida por los EEMM salvo cuando resulte aplicable una restricción o prohibición justificada por razones de seguridad. pública). El considerando segundo de este Reglamento explica, al hilo de lo que

https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en_1.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[149] "The commercial use of consumer data. Report on the CMA's call for information". The Competition and Markets Authority (CMA). CMA38, June 2015. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f2a8840f0b6230268dd76/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[150] Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. DOUE L 303 de 28.11.2018, p. 59/68

venimos considerando, las diferentes actuaciones que, aplicadas a los datos no personales, constituyen el fundamento de las cadenas de valor: creación y recopilación, agregación y organización, tratamiento, análisis, comercialización y distribución. Resulta también interesante su artículo 6, que promueve la adopción de códigos de conducta autorreguladores que faciliten el cambio de proveedores de servicios, la portabilidad de los datos no personales, o el desarrollo de regímenes de certificación que permitan la comparación entre servicios de tratamiento de datos[151].

Es dudoso, considerando también la importancia comercial de las cadenas de valor de estas categorías de datos, que haya sido acertado el planteamiento de la DSCD de no incluir en su ámbito de aplicación la retribución del suministro digital por el consumidor mediante datos no personales, como inicialmente propuso la Comisión. Estos supuestos no deben necesariamente considerarse residuales en un contexto de contratos de suministro digital entre empresarios y consumidores. Aunque puede ser cierto que el interés prioritario del empresario, en la gran mayoría de casos, se centrará en la obtención de los datos personales del consumidor, no puede obviarse que también tienen interés otros datos no personales, como los anónimos o anonimizados, en tanto puedan obtenerse por el empresario a gran escala. Así, pueden resultar también comercialmente interesantes en niveles de alta agregación y, por tanto, pueden ser casi del mismo de interés para empresas que, por su dominio en el mercado (el mencionado caso de las grandes plataformas, operadoras de redes sociales o motores de búsqueda donantes), pueden captar ingentes cantidades de datos de los consumidores interesados en sus contenidos o servicios digitales.

Otra consideración atendida durante la negociación de la DCSD, en relación con esta cuestión de la contraprestación no dineraria, se encuentra en el informe de la Comisión JURI del Parlamento Europeo, que sobre este aspecto de la propuesta proponía extender el ámbito de aplicación de la norma para incluir, no solo los datos proporcionados por el consumidor, sino también los recogidos por el empresario o

[151] Vid. De Miguel Asensio, . (viernes, 21 de diciembre de 2018). Reglamento (UE) 2018/1807 sobre libre circulación de datos no personales. Pedro de Miguel Asensio. https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/12/reglamento-ue-20181807-sobre-libre.html#more . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

por un tercero en su nombre (Metzger. 2017:3). Esto se reflejó en el artículo 3, apartado primero, de la propuesta de texto propuesto por el Parlamento Europeo en primera lectura[152].

En todo caso, sí puede afirmarse que este punto de la propuesta de DCSD fue uno de los más discutidos (si no el que más), en los debates mantenidos por los colegisladores de la UE (Staudenmayer. 2020:70). Aunque la mayoría tanto en el Parlamento Europeo como en el Consejo convino finalmente en incluir esta modalidad de contrato en el ámbito de la Directiva, ello exigió cesiones terminológicas durante la negociación que se acabaron reflejando también el texto final. Así, frente a la propuesta de la Comisión cuya redacción establecía que el empresario suministraba los contenidos o servicios digitales y que "a cambio" el consumidor suministraba activamente una "contraprestación no dineraria en forma de datos", la redacción final suprime la expresión "a cambio", y se limita a señalar que el empresario "suministra" y el consumidor le "facilita" datos personales. Esto pone de relieve el debate subyacente sobre la cuestión de hasta qué punto esta opción legislativa suponía asumir la mercantilización de los datos personales (cuestión sobre la que volveremos más adelante).

Continuando con la delimitación de la figura, quedan excluidos, lógicamente los supuestos en que la cesión de los datos personales por el consumidor y su ulterior tratamiento ulterior por el empresario se limite a lo necesario para verificar el suministro de los contenidos digitales o cumplir una obligación legal, puesto que en tales supuesto la cesión de datos no es sino un medio instrumental o condición para la consecución de otro objetivo negocial, o una imposición legal, pero en cualquier caso no se trata de una decisión autónoma y consciente del consumidor en uso de su autonomía de la voluntad.

[152] Artículo 3: "1. This Directive shall apply to any contract where the *trader* supplies or undertakes to *supply digital content or a digital service to* the consumer *whether through the payment of a price or under the condition that* personal data *is provided by the consumer or collected by the trader or a third party in the interest of the trader*". Modificaciones del Parlamento Europeo, en primera lectura, a la propuesta de DCSD presentada por la Comisión. 27 de noviembre de 2017. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_EN.html . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

Sí quedan cubiertos por la DCSD aquellos contratos en que se combinan ambas contraprestaciones, el pago de un precio y la entrega de datos personales. Ello no solo porque nada en contra establece la parte dispositiva de la DCSD, sino también porque esta posibilidad está expresamente reconocida en el preámbulo de la norma, refiriéndose a ella tanto el considerando 67 como el 69. En el primer caso al tratar a qué medidas correctoras tiene derecho el consumidor ante la falta de conformidad; en el segundo considerando, al imponer el cumplimiento de las obligaciones del RGPD al empresario también en esos casos de combinación de ambas contraprestaciones[153].

La celebración de estos contratos exige, conforme al artículo 3 DCSD, una actuación activa por parte del consumidor en la traslación de sus datos personales al empresario, por lo que no es suficiente, para entenderlos válidamente celebrados, una actitud meramente pasiva de la que se afirme un consentimiento presunto del consumidor. Es necesario que el consumidor facilite sus datos personales, o se comprometa a facilitarlos en un momento posterior. Pero ello no altera, como también recuerda el considerando 24 DCSD, que la perfección, validez, ejecución e incluso la propia existencia del contrato siga sujeto a lo prescrito por la legislación nacional aplicable.

Como recordaba Roselló (2017:12), en la propuesta de DSCD presentada por la Comisión la modalidad contractual en que la contraprestación es la cesión del uso de los datos personales exigía que el consumidor proporcione dichos datos de manera activa ("facilita activamente", era la expresión utilizada por el artículo 3 de la propuesta), lo que excluía del ámbito de aplicación los supuestos en que tales datos personales se obtenían mediante mecanismos automatizados como las *cookies*, cuando estas no fuesen expresamente aceptadas por el consumidor. Se propugnaba entonces, al inicio de la negociación, la revisión de la propuesta en este extremo, ya que con ello se dejaba fuera de la protección otorgada supuestos de obtención de datos de consumidor poco transparentes o encubiertas, a través de opciones por defecto en las condiciones de uso del servicio o instalando dispositivos

[153] A la posibilidad de estos contratos mixtos en que se paga un precio en dinero o signo que lo represente, y además se facilitan datos personales, se refiere también Cámara Lapuente (2020:839) como incluida en el ámbito de aplicación de la DCSD.

que ejecutan el envío de datos sin una actuación activa del consumidor (Cámara Lapuente. 2016:23). Pero durante la negociación del texto fue suprimido el término "activamente", igual que lo fue, del segundo párrafo del artículo 3, apartado primero, DSCD, el término "contrato", que sí se mantuvo en el primer párrafo -y que, como señala Staudenmayer (2020:71), pretendía asegurar que las partes tenían la intención subjetiva de quedar legalmente vinculadas-. Según el mismo autor, con estas dos modificaciones a la propuesta inicial se tuvo la intención de que no se entendiese que en todos los casos en que se facilitasen datos personales, se estaba en presencia de un contrato, dado que como señala el considerando 12, las condiciones para considerar concluido el contrato son las establecidas en cada legislación nacional (aseveración que se reitera, específicamente para los contratos a cambio de datos personales, en el cierre del considerando 24 DCSD). Sin embargo, el término recogido en la redacción final del artículo 3, apartado 1, DCSD también denota esta exigencia de actividad por parte del consumidor al ceder el uso de sus datos personales ("facilite o se comprometa a facilitar").

Debe considerarse que la DCSD excluye de su ámbito de aplicación otros supuestos de contratos donde no media el pago de un precio, y que deben considerarse gratuitos. Serían aquellos, por ejemplo, en que se ofrece el contenido o servicio digital sin ninguna contraprestación para que el consumidor haga uso de los mismos durante un determinado período de tiempo, transcurrido el cual finalizar la posibilidad de seguir accediendo al mismo salvo que se celebre un contrato ya remunerado a cambio de un precio.

Otro ejemplo excluido serían los supuestos en que se suministran contenidos digitales en una versión no definitiva (versiones *beta*), que pueden presentar fallos o errores. Como señala la doctrina, en estos casos no hay contraprestación, y por tanto no entran en el ámbito de aplicación de la DCSD, aunque como señala Cámara Lapuente (2016:25), son supuestos que podrían haberse tenido en cuenta por el legislador, por ejemplo a los efectos de prever la reparación al consumidor de los daños y perjuicios que se le puedan haber ocasionado en estos casos.

Paredes Pérez (2021:13) cita otros supuestos contractuales que pueden plantear dificultades a los efectos de determinar su inclusión en el ámbito de

aplicación de la DCSD, como los casos en que el consumidor utiliza un servicio digital y el empresario, proveedor de servicio, recoge determinados datos personales de aquel (por ejemplo, información sobre el dispositivo del consumidor, los datos de localización o el historial de navegación), o los casos en que el consumidor acepta recibir publicidad como medio para obtener acceso a contenidos o servicios digitales –por ejemplo, de carácter informativo-.

Tales supuestos no presentarían esa intervención activa del consumidor al facilitar sus datos personales, y no quedarían en consecuencia cubiertos por la DCSD (como expresamente señala su considerando 25), ni tampoco por la Directiva 2011/83/CE. En estos casos debe valorarse si la propuesta del empresario constituye una verdadera oferta contractual, y si ha expresado con claridad su voluntad de obligarse a suministrar el contenido o servicio digital en caso de que el consumidor acepte. Ha de atenderse a si las condiciones generales o términos trasladados por el empresario permiten considerar que existe una oferta de contrato, en la que la disposición del consumidor a facilitar sus datos personales o a exponerse a la publicidad debe considerarse una efectiva contraprestación. Aun cuando no se aplique el régimen de la DCSD, se puede estar ante un verdadero contrato en los casos en que haya concurrido una aceptación tácita del consumidor[154].

Es interesante recordar en este punto que el artículo 25 de la DCSD –que se corresponde con el artículo 22 de la propuesta inicial-, ha mantenido como parte de la revisión que debe presentar la Comisión sobre la aplicación de la DCSD, la obligación de examinar, entre otras cuestiones no explicitadas, "el supuesto de armonización de las normas aplicables a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales distintos a los previstos en esta Directiva, incluidos los suministrados cambio de anuncios publicitarios". Quedan así, en el pensamiento del legislador UE, estas otras figuras limítrofes que finalmente no se incluyeron en la

[154] Conforme a la jurisprudencia del TJUE, el elemento fundamental para la celebración de un contrato es el consensual, un acuerdo de voluntades a partir de una oferta y la aceptación de la misma, conforme se estableció ya en la STJUE de 11 de junio de 2002, C-96/00, *Gabriel,* EU:C:2002:436, apdo. 49 (Paredes Pérez. 2021:12)

DCSD, pero que son realidades cotidianas en el acceso por los consumidores a los contenidos y servicios digitales a través de las redes.

Señala también Paredes Pérez (2017:22) que la modalidad del suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de que los consumidores faciliten sus datos personales plantea dificultades interpretativas a la hora de determinar su inclusión en la categoría de contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios de la letra b) del artículo 7. 1 del Reglamento Bruselas bis I. Es fundamental a tales efectos determinar si el compromiso del consumidor de facilitar sus datos personales para obtener el suministro de contenidos o servicios debe entenderse o no como una contraprestación sinalagmática, y en consecuencia se trata de un contrato que presenta las notas de reciprocidad y onerosidad.

Son estas dificultades interpretativas las que han llevado al legislador a limitar el ámbito de la DCSD a aquellas modalidades contractuales en que la actuación activa del consumidor, facilitando o comprometiéndose a facilitar sus datos en un momento posterior, no deja duda de ese carácter bilateral y consensual del contrato. Por ello debe insistirse en la importancia de este elemento de intervención activa del consumidor, y en la exclusión de aquellos supuestos en que, como hemos visto, cabe entender que concurre una mera aceptación tácita a la obtención por el empresario de los datos personales.

Resulta en este sentido interesante la explicación que ofrece el considerando 16 de la Directiva 2018/1972[155], en el marco de la regulación de las comunicaciones electrónicas, en que ya utilizando las expresiones "a cambio" y "remuneración", que como hemos visto se había evitado en la DCSD, alude precisamente a los casos a que nos venimos refiriendo. Se afirma en este considerando que en el concepto de remuneración contractual han de incluirse los supuestos en que el consumidor facilita, de forma consciente, sus datos personales también en los casos en que no lo haga de forma activa sino pasiva[156]. En estos últimos casos no entrará en juego el

[155] 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. DOUE L 321 de 17.12.2018, p. 36–214.

[156] "Para entrar en el ámbito de aplicación de la definición de servicio de comunicaciones electrónicas, un servicio debe prestarse habitualmente a cambio de una remuneración. En la economía digital, es cada vez más frecuente que quienes participan en el mercado consideren que la información sobre los usuarios

régimen de la DCSD. Fue esta también un punto sobre el que se pronunció el SEPD en su Dictamen 4/2017 sobre la propuesta de DCSD, propugnando que se evitase hablar de datos "suministrados activamente por el consumidor"[157].

Siguiendo con la delimitación de esta modalidad de contrato, y pasando ya a la consideración de los datos personales cuyo uso cede el consumidor como contraprestación, hemos visto ya que la definición que, a efectos de la DCSD ofrece su artículo 2, número 8, es la establecida en el artículo 4, punto 1), del RGPD[158].

Esta definición, ya exhaustivamente analizada por la doctrina, y que de por sí tiene una amplitud notable, ha visto su alcance aún más extendido por la interpretación que del mismo se ha hecho tanto por la doctrina administrativa (fundamentalmente a través de las autoridades nacionales de supervisión), como en la jurisprudencia del TJUE.

---

tiene un valor monetario. Los servicios de comunicaciones electrónicas se prestan con frecuencia al usuario final no solo a cambio de dinero, sino, en particular y cada vez con mayor frecuencia, a cambio de datos personales o de otro tipo. El concepto de remuneración debe englobar, pues, situaciones en las que el proveedor de un servicio solicita que le sean proporcionados, directa o indirectamente, datos personales en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, u otros datos, y en que el usuario final se los proporciona conscientemente. También debe englobar situaciones en las que el usuario final facilita el acceso a información sin proporcionarla activamente, como datos personales, entre ellos la dirección IP, u otra información generada automáticamente, como la recopilada y transmitida por una cookie. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») sobre el artículo 57 del TFUE, también hay remuneración a tenor del TFUE cuando al proveedor del servicio le paga un tercero y no el destinatario del servicio. Por consiguiente, el concepto de remuneración también debe abarcar situaciones en las que el usuario final se halla expuesto a anuncios publicitarios como condición para tener acceso al servicio o situaciones en las que el proveedor del servicio monetiza los datos personales que haya recopilado de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679". Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/1972.

[157] "[…]the Directive creates a distinction between personal data actively and non-actively provided which does not exist in data protection law. The same protection applies to data collected knowingly by the organisation processing the data, or the data given actively by the individual. Individuals should even be particular more protected against any invisible processing of data, especially in the online environment where the consumers are not always aware of such processing of their data. However, such data that will in any case be considered as personal data and are therefore not excluded from the data protection provided by EU legislation.[…] For these reasons, the EDPS recommends avoiding referring to data (actively) provided by the consumer since it contradicts the (existing and future) rules on data protection". Supervisor Europeo de Protección de Datos. Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 14 de marzo de 2017. Apdos. 39 y 43.

[158] Artículo 4, apartado 1, del RGPD: "«datos personales»: 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".

Centrándonos en esta última, pues es la que afecta directamente al RGPD –y con ello, en este punto, a la DCSD-, el TJUE tiene establecido que la expresión "toda información" que utiliza dicho artículo 4, punto 1), RGPD "evidencia el objetivo del legislador de la Unión de atribuir a este concepto un significado amplio, que puede abarcar todo género de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que se trate de información «sobre» la persona en cuestión" [159].

La referencia a dato personal como toda información sobre una persona física identificada o identificable es aplicable, según el TJUE, "cuando, debido a su contenido, finalidad y efectos, la información de que se trate esté relacionada con una persona determinada" (C-434/16)[160]

Ha establecido también el TJUE en relación con dicho artículo del RGPD, que al utilizar el término "persona identificable", hace referencia a toda información que permita la identificación indirecta de una persona, de modo que para considerar una información como dato personal, no es necesario que permita por sí sola la identificación de una persona, sino que "los datos personales que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional deben considerarse información sobre una persona física identificable" (C-583/21)[161].

Muestra de hasta donde ha llegado la especificación de qué informaciones constituyen datos personales pueden encontrarse en el gran número de resoluciones del TJUE que han ido interpretando tanto en su día el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46/CE[162], como el actualmente vigente artículo 4, punto 1), de la RGPD.

En relación con la citada Directiva 95/46/CE, el TJUE tuvo ya ocasión de establecer que constituye un dato personal la imagen de una persona grabada por

[159] Sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF*, C-487/21, EU:C:2023:369, apartado 23 y jurisprudencia citada

[160] Sentencia del TJUE de e 20 de diciembre de 2017, Nowak, C-434/16, EU:C:2017:994, apartado 35.

[161] Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2023, *Nacionalinis visuomenės sveikatos centras,* C-683/21, EU:C:2023:949, apartado 58.

[162] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOUE L 281 de 23.11.1995, p. 31/50. Disposición sin vigencia desde el 24 de mayo de 2018.

una cámara (C-212/13)[163], o que también lo eran las respuestas por escrito dadas por un aspirante en un examen profesional, y las eventuales anotaciones del examinador referentes a esas respuestas (C-434/16)[164]. Asimismo, que un registro del tiempo de trabajo que incluya la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso correspondientes, queda comprendido en el concepto de datos personales (C-342/12)[165].

Respecto del RGPD, y de forma más reciente, se ha determinado que deben considerarse datos personales a los efectos del artículo 4, punto 1), el número de bastidor de un vehículo (C-319/22)[166], una dirección IP dinámica registrada por un proveedor de servicios de medios en línea con ocasión de la consulta por una persona de un sitio de Internet que ese proveedor hace accesible al público (C-582/14)[167], o incluso una combinación de letras y caracteres "que contiene las preferencias de un usuario de Internet o de una aplicación relativas al consentimiento de dicho usuario en el tratamiento de datos personales que le conciernen por proveedores de sitios de Internet o de aplicaciones, así como por intermediarios de tales datos y por plataformas publicitarias". Y ello aun cuando "sin una contribución externa, una organización sectorial que posee esta cadena no pueda acceder a los datos tratados por sus miembros en el marco de las normas que ella ha establecido ni combinar dicha cadena con otros elementos", debiendo aun así considerarse que dicha combinación de letras y caracteres constituye un dato personal (C-604/22)[168].

La aplicación exhaustiva de estos criterios interpretativos del artículo 4, punto 1), del RGPD, así como la casuística aplicación del mismo a los diversos supuestos que se han ido sometiendo al TJUE, lleva a compartir la consideración de

[163] Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *František Ryneš y Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428, apdo. 22.
[164] Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, *Peter Nowak y Data Protection Commissioner,* C-464/16, ECLI:EU:C:2017:994, apdo. 62.
[165] Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, *Worten,* C-432/12, ECLI:EU:C:2013:355, apdo. 22.
[166] Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023, *Gesamtverband Autoteile-Handel eV y Scania CV AB*, C-319/23, ECLI:EU:C:2023:837, apdo. 48.
[167] Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016, *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, apartado 49.
[168] Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2024, *IAB Europe y Gegevensbeschermingsautoriteit*, C-604/22, ECLI:EU:C:2024:214, apdo. 51.

que serán pocos los datos que un consumidor pueda suministrar a un empresario, en el marco de un concreto contrato de suministro digital, que escapen a la consideración de datos de carácter personal, partiendo de que la práctica totalidad de los mismos van a estar vinculados, de un modo u otro, a dicho consumidor como persona identificada e identificable. El ámbito, pues, de contratos de suministro digital a cambio de datos no personales que deben considerarse excluidos del régimen de la DCSD es ciertamente reducido.

3. – Particularidades regulatorias reseñables del régimen jurídico de esta modalidad de suministro digital a cambio de datos personales

Al iniciar la exposición de las particularidades que presenta el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales, hay que recordar que el régimen jurídico de esta tipología contractual de contratos se completó, con posterioridad a la adopción de la DCSD, a través de la Directiva 2019/2161[169]. Su artículo cuarto modificó el artículo 3 de la Directiva 2011/83/UE para incluir, en el ámbito de aplicación de esta, precisamente, los contratos de suministro digital en que el consumidor facilita datos personales, y que hasta ese momento no podían considerarse incluidos en el mismo. Se alinearon así los ámbitos aplicativos de la DCSD y de dicha Directiva 2011/83/CE, de modo que los consumidores, también en los contratos con datos personales como contraprestación, tienen reconocidos el mismo derecho a la información precontractual y a desistir del contrato conforme a esta última norma (Paredes Pérez. 2021:3).

Igualmente, como recuerda Cámara Lapuente (2020:841), mediante las modificaciones introducidas en el artículo 13 de la Directiva 2011/83/UE (apartados 5, 6 y 7), se han introducido en ésta los mismos derechos que, en favor del consumidor, prevé la DCSD en cuanto a la posibilidad de que este pueda

[169] 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. DOUE L 304 de 22.11.2011, p. 64/88.

recuperar, al desistir del contrato, sus datos no personales que se hallen en poder del empresario, así como a impedir su uso ulterior por este.

En principio, el contrato a cambio de datos personales impone a las partes las mismas obligaciones que en caso de pago de un precio, con muy escasas diferencias que recordaremos a continuación, y a las que en algún caso se ha aludido ya al analizar contenido sustantivo de la DCSD. La relación contractual vinculante para las partes, con sus obligaciones y derechos, es de la misma naturaleza cuando media la cesión de datos personales o cuando se pacta un precio entre las partes, de modo que ambos tipos de contraprestación quedan equiparados en la DCSD.

Y este, deba insistirse, es uno de los avances de la nueva regulación: haber puesto en pie de práctica igualdad la modalidad en que la contraprestación consiste en la cesión de los datos personales, que en modo alguno queda relegada a una segunda categoría. Constituye así un avance significativo, respecto del enfoque adoptado en el Reglamento CESL, precedente inmediato al que ya nos hemos referido[170].

Son aplicables en estos casos las mismas normas sobre responsabilidad del empresario, tanto en cuanto a la obligación de suministro, como en cuanto a la obligación de asegurar la conformidad del mismo. Igualmente, el consumidor tiene en estos casos los mismos remedios para actuar ante los incumplimientos de sus obligaciones por parte del empresario, y se aplican las mismas normas sobre carga de la prueba que establece el artículo 12 DCSD.

Los supuestos en que se establecen diferencias respecto de los contratos a cambio de un precio (supuesto que, debe recordarse, incluye no solo el pago en dinero sino en representaciones digitales de valor, como expresamente establece el artículo 2, número 7, DCSD, y recuerda además su considerando 23), tienen plena justificación. Por ejemplo, en el artículo 14 (relativo a medidas correctoras por falta de conformidad), cuando en el apartado cuarto se prevé la posibilidad de que el

[170] "Con ello, la propuesta de Directiva supone un avance en relación con lo previsto en CESL. En la Propuesta de Reglamento de compraventa europea, siguiendo el esquema del contrato de compraventa, no se considera oneroso el contrato en virtud del cual el consumidor cede sus datos personales y, por lo tanto, no se le conceden remedios en el caso de falta de conformidad de los contenidos digitales." (MARTÍNEZ VELENCOSO&SANCHO LÓPEZ. 2018:8)

consumidor exija una reducción proporcionada del precio, expresamente se limita esa posibilidad a los casos en que dicho precio haya concurrido como elemento del contrato.

Debe considerarse también el supuesto del apartado segundo de este mismo artículo 14, cuando se reconoce al consumidor el derecho a exigir la puesta en conformidad de los contenidos o derechos suministrados, salvo en casos de imposibilidad o cuando "suponga al empresario costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso" (entre ellas, la relevancia de la falta de conformidad o el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiese mediado la falta de conformidad). En los casos en que no ha mediado el pago de un precio por parte del consumidor, puede entenderse que entrará en juego también esta limitación a exigir la puesta en conformidad de lo suministrado, si ello comporta costes significativos al empresario.

En tales casos el consumidor se verá abocado a la resolución del contrato, que de acuerdo con el apartado sexto del mismo artículo 14, será un derecho del consumidor en los contratos sin contraprestación dineraria incluso si la falta de conformidad fuese leve. Sin embargo, como no deja de apuntar Gsell (2020:262), precisamente en los casos en que el consumidor no ha pagado un precio es más que probable que tenga poco interés en la terminación del contrato, cuya principal consecuencia será dejar de recibir el contenido o servicio digital comprometido, que habrá sido el incentivo fundamental que le haya llevado a aceptar la celebración del contrato. En tales casos, más allá de la resolución contractual, podría ser procedente una indemnización de daños y perjuicios, cuya viabilidad queda en todo caso al margen de la regulación de la DCSD.

Otras divergencias que presenta el contrato a cambio de datos personales respecto de aquellos en que media el pago de precio hace referencia, lógicamente, a los casos en que se impone al empresario el reembolso total o parcial del mismo. Así, en el artículo 16 DSCD (obligaciones del empresario en caso de resolución), apartado primero, donde como ya se ha analizado al analizar el contenido sustantivo de la norma, se limita en su segundo párrafo la obligación de devolución del precio en proporción al tiempo en que el suministro haya sido conforme, a los casos en que

el contrato establezca el pago de un precio. Ello sin perjuicio de la mención, en el párrafo primero, a una obligación general de reembolso de "todos los importes pagados", que no debe entenderse limitada exclusivamente al precio, sino en un sentido amplio, a otros elementos que, más allá de la prestación principal que se haya concertado a cambio de la cesión de datos personales, haya podido implicar algún pago adicional por parte del consumidor. En tales casos, la obligación de reembolso si aplica a las modalidades en que se entregan datos personales.

Estas son las principales y lógicas diferencias que presenta, en la regulación establecida por la DCSD, los derechos reconocidos al consumidor en los contratos en que la contraprestación consista en la cesión de datos personales, frente a los casos en que medie el pago de precio. De lo que resulta que ambas modalidades contractuales se encuentran, como se ha indicado anteriormente, en un marco de igualdad regulatorio.

4.- La "patrimonialización" de los datos personales: de su configuración como derecho fundamental a su consideración como retribución contractual

La cuestión fundamental que se suscita al analizar esta novedosa modalidad contractual introducida por la DCSD –dentro de la de por sí novedosa regulación del suministro de contenidos y servicios digitales-, son las consecuencias de distinto orden que se derivan de considerar como una auténtica contraprestación contractual la cesión de datos de carácter personal, en el marco de un contrato de suministro digital.

Desde la configuración inicial de la protección de datos de carácter personal como un derecho exclusivamente subjetivo, atinente a la personalidad y vinculado al ámbito estricto del sujeto, la progresiva evolución tecnológica ha ido abriendo paso, cada vez con mayor caracterización doctrinal, a la consideración de los datos personales como un bien con relevancia económica, integrante también de la esfera patrimonial del individuo. Este aspecto resulta especialmente relevante en nuestro marco de estudio.

Los ejemplos de la utilización de los datos no exclusivamente personales son múltiples en nuestros días, con la explosión del denominado "big data" y la inteligencia artificial (IA)[171]. Es una realidad hoy cotidiana el ofrecimiento de múltiples servicios basados en el tratamiento masivo de datos, por ejemplo de datos de geolocalización para ofrecer información relativa al tráfico en tiempo real, o a la ubicación y localización de direcciones, o el empleo de los datos en el llamado *machine learning* o desarrollo de nuevas capacidades a partir de conocimientos previos por los propios desarrollos digitales[172]. Esto ha llevado incluso a algún autor, como Sánchez del Campo Redonet (2018:291), a pronosticar su próximo reflejo en los balances de las grandes empresas como verdaderos activos patrimoniales.[173]

En este mismo sentido, Cervera Navas (2018:68) también apunta la transformación del Derecho a la protección de datos personales en la última década del pasado siglo "como un derecho próximo a lo mercantil, ligado a la libertad de circulación en el Mercado Interior, y convertido una década más tarde en derecho fundamental tras su incorporación a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea". Afirmación esta última no del todo exacta, ya que la consideración como derecho fundamental de la protección de datos personales venía siendo reconocida a través de los textos constitucionales de muchos Estados miembros (caso de España, con la elaboración del Tribunal Constitucional en su sentencia de

[171] Nos referiremos con este término en el sentido recogido en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulada "Inteligencia Artificial para Europa", COM(2018) 237 final. Bruselas, 25 de abril de 2018, pág. 2: El término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)." Señala además Rebollo (2019:50) que "entre otras aplicaciones de la IA se encuentran: análisis de datos mediante aprendizaje automático; el uso de *chatbots* -programas informáticos con los que es posible mantener una conversación, ya sea para solicitar algún tipo de información o para que lleven a cabo una determinada acción- basados en el procesamiento del lenguaje natural; los sistemas inteligentes de predicción; las técnicas de aprendizaje profundo o *deeplearning*, los algoritmos de planificación multimodal y el diseño de perfiles basados en el análisis de secuencias temporales de datos".

[172] Esta es una realidad ya contemplada en la normativa de protección de datos, en relación con las decisiones automatizadas que incluyen la elaboración de perfiles, y que se encuentra hoy regulada en el artículo 22 del RGPD, y en otras disposiciones del mismo, como el artículo 4. 4, que define la elaboración de perfiles.

[173] "Es probable que pronto veamos cómo los datos se convierten en verdaderos activos de los balances de las compañías, al igual que los fondos propios o el inmovilizado inmaterial". Sánchez del Campo Redonet (2018:291).

31 de diciembre de 2001),[174] o incluso del propio TJUE a través del artículo 8 del CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

En este sentido, se ha apuntado también como uno de los motivos que han determinado esta "patrimonialización" de los datos personales, la supuesta gratuidad con la que se ofrecen una gran parte de servicios a través de Internet, que viene a ocultar la finalidad de obtener, precisamente, los datos personales de los usuarios, que por las razones apuntadas se configuran hoy en día como un verdadero *res intra commercium*[175].

Como efecto de esta transformación, y a causa quizá de una falta de aplicación efectiva de la normativa de protección de datos en los últimos años, se habla de la creación de "vertederos de información personal" en la nube como señala Cervera Navas (2018:71), debido precisamente a esta gratuidad de los servicios ofertados en Internet con la principal finalidad de hacerse con los datos de los consumidores, que acuden atraídos por esta aparente ventaja, que ello determinaba gran parte de la oferta gratuita en Internet de contenidos y servicios digitales[176].

Resaltaba el SEPD en un dictamen publicado en marzo de 2014[177], la importancia adquirida por la información personal para las empresas, que ha llegado a constituir un auténtico bien intangible utilizado para la generación de valor[178], perfectamente asimilable a los derechos de autor o derechos de la

[174] Sentencia del Tribunal Constitucional nº 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. BOE nº. 4, de 4 de enero de 2001, páginas 104 a 118.
[175] "Se han creado estos vertederos porque en la economía impulsada por el tratamiento de los datos (*data-driven-economy*), la mayor parte de los productos y servicios de Internet se ofrecen de manera gratuita, ya que lo que se pretende en última instancia es recolectar los datos que general los cibernautas, ya sea con los buscadores de Internet, las redes sociales, los navegadores GPS integrados en los teléfonos móviles o los programas de comunicación instantánea o de mensajería electrónica. Los economistas hablan ya de una economía más allá del precio (*post-price economy*) y de una economía de la atención (*attention economy*) en la que la gratuidad se convierte en la norma y la moneda de cambio son los datos personales, lo que explica el por qué el valor de la cotización de las empresas de Internet hace tiempo que ha superado al de las empresas petrolíferas". (Cervera Navas. 2018:71).
[176] "La mayor parte de productos y servicios en Internet se ofrecen de manera gratuita, ya que lo que se pretende en última instancia es recolectar los datos que generan los internautas". Cervera Navas (2018:71).
[177] Supervisor Europeo de Protección de Datos. Dictamen preliminar sobre Intimidad y competitividad en la era de la obtención de datos masivos. 26 de marzo de 2014. Disponible en https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en . Verificado el 30 de septiembre de 2024.
[178] Ibidem, pág. 9.

propiedad industrial. Los datos constituyen una moneda de cambio para adquirir servicios teóricamente gratuitos, en un modelo de negocio que ya en el año 2014 el SEPD describía con precisión[179].

Un interesante artículo sobre servicios ofrecidos por Internet como "gratuitos" en los EE:UU. ponía de relieve en 2014 los riesgos que los mismos comportan tanto desde el punto de vista de los consumidores, como para la competencia en el mercado, incidiendo particularmente como el prestador de servicios tiene claramente la expectativa de general beneficios de la información personal obtenida de los consumidores durante el uso de esos servicios gratuitos, siendo mayor la ganancia cuanto mayor es el tiempo de utilización, puesto que será más amplia la información del cliente a la que se puede acceder (Hoofnagle, Whittingon. 2014:609). Su conclusión señalaba que centrarse en el precio más que en el coste de los servicios conduce a los consumidores a una posición de vulnerabilidad.[180]

El SEPD también se había manifestado de forma crítica en su Dictamen 8/2016[181], en el que advertía contra la progresiva patrimonialización de los datos

[179] Ibidem, pág. 10 "With many digital services like email or search engines which are used by almost every internet user, companies foster the perception that they are provided for free; in fact individuals are required to surrender valuable personal information to enjoy them. Consumers provide richly detailed information about their preferences through their online activities which permits individuals, not groups, to be targeted with far greater precision than ever before. For consumers, therefore, personal information operates as a currency, and sometimes the sole currency, in the exchange of online services. […] A four-step 'personal data value chain' has been identified, consisting of (1) collection and access, (2) storage and aggregation, (3) analysis and distribution and (4) usage of personal datasets. Across this value chain, a multiplicity of individuals, businesses, public institutions and non-profit organisations might be expected to view and to process these datasets. This includes data brokers, who mediate trade in personal information between one data controller and another, and cloud computing providers (for application and storage services)."

[180] "Free has become the default price of internet services. But focusing on the price rather than the cost of free services has led consumers into a position of vulnerability. By virtue of paying for services with personal information, users may not even qualify as consumers under consumer protection laws. More broadly, the framing of transactions as free makes it very difficult for consumers to evaluate the fairness of information practices associated with these services. We have therefore suggested several remedies with a goal of reforming free transactions in order to highlight their true costs and thereby initiate reforms to reduce such costs". Hoofnagle & Whittington (2014:670)

[181] SEPD. Dictamen 8/2016. "Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data". 23 de septiembre de 2016, pág. 7: " In the EU, personal information cannot be conceived as a mere economic asset: according to the case law of the European Court of Human Rights, the processing of personal data requires protection to ensure a person's enjoyment of the right to respect for private life and freedom of expression and association. Furthermore, Article 8 of the EU Charter and Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) have specifically enshrined the right to the protection of personal data. In consequence, the

personales. Por su parte, la Comisión Europea se expresaba también con rotundidad, aún en el año 2017, sobre la naturaleza de los datos personales y, precisamente por ella, su difícil encaje en los conceptos tradicionales del derecho de propiedad[182]. Igualmente, y en el mismo documento de trabajo, se marcaban las diferencias conceptuales en relación con el concepto de "propiedad de los datos", que se afirmaba utilizado en los EE.UU. ante la falta de una protección constitucional de los datos personales, para resaltar el papel más intenso en ese país, del individuo frente al procesamiento de esos datos, llegando a afirmarse que en la UE, debido a la aplicación de los más altos estándares de protección normativa, los datos personales no pueden ser objeto de ninguna "propiedad"[183].

De manera mucho más reciente, el CEPD, en su Dictamen 8/2024[184], en que analizaba compatibilidad con el RGPD de las ofertas de "consentimiento o pago" de las plataformas en línea de gran tamaño, volvía a recordar que "los datos personales no pueden considerarse una mercancía comercializable y las plataformas en línea de gran tamaño deben tener presente la necesidad de evitar que el derecho

2016 General Data Protection Regulation contains specific safeguards that could help remedy market imbalances in the digital sector".

[182] "Data are intangible, non-rivalrous goods and as such cannot be captured by the traditional definitions of property law. National property law has been applied, however, by courts, linking "ownership" with respect to non-personal data to the ownership of the physical means of storage of such data machine-generated and industrial data do not benefit from protection by other intellectual property rights as they are deemed not to be the result of an intellectual effort. Results of data integration, analytics, etc. can be protected, on the other hand, as a result of a protection given to the intellectual effort made into the design of the data integration process or the analytics algorithm (software)." Documento de trabajo de la Comisión sobre la libre circulación de datos y las cuestiones emergentes de la economía europea de datos. Bruselas, 10.1.2017, SWD(2017) 2 final, pág. 19. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017SC0002 . Verificado el 30 de septiembre de 2024. Documento adjunto a la Comunicación "Construyendo una economía de los datos europea" Bruselas, 10.1.2017, COM(2017) 9 final.

[183][183] Ibídem, pág. 24. "For many years, the term "data ownership" in the US discussion essentially referred to a debate about the protection of personal data. In the absence of a fundamental or constitutional right to privacy or data protection or universal legislation at Federal and State level on the protection of (any) personal data, commentators and privacy advocates employed the term "data ownership" to argue for a stronger role of the individual with respect to the processing of his/ her data. As the protection of personal data enjoys the status of a fundamental right in the EU and processing of personal data is protected by the highest standards of data protection legislation in the world, in the EU personal data cannot be subject to any type of "ownership". Care should be thus applied when making reference to contributions from the US on "data ownership" when this concept is discussed with respect to personal data and only limited conclusions may be drawn given this fundamental difference in the legal approach to personal data".

[184] Dictamen del Comité del art. 64 RGPD 8/2024, sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de consentimiento o pago aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-11/edpb_opinion_202408_consentorpay_es.pdf. Verificado el 20 de noviembre de 2024.

fundamental a la protección de datos se transforme en una característica por la que los interesados tengan que pagar para disfrutar"[185].

Pero la realidad es tozuda. Los datos, incluyendo los personales, han ido adquiriendo impotancia como objeto de un modelo de negocio desarrollado alrededor de los mismos, lo que ha determinado que adquieran un enorme valor comercial hasta el punto de haberse convertido en el producto, más allá de un papel de meros potenciadores de otros productos, como señala Efroni (2020:270), quien indica que los datos se han ido progresivamente mercantilizando siendo comercializados y tratados por los participantes en el mercado como una mercancía.

Sin embargo, la propuesta de DCSD obligó a replantear la cuestión, y llevó a parte de la doctrina a considerar si verdaderamente, en un contrato en que la contraprestación pactada es la cesión del uso de los datos personales de una de las partes, se estaba verdaderamente en presencia de un contrato bilateral o sinalagmático, es decir, con verdaderas prestaciones recíprocas por ambas partes.

Sobre esta cuestión, Martínez Velencoso y Sancho López (2018:8) consideran que lo que se pone de manifiesto es hasta qué punto tienen encaje las categorías clásicas de Derecho civil en las nuevas realidades del mercado digital. La concepción clásica del contrato oneroso, según la cual se exige que las prestaciones pactadas comporten sacrificios para ambas partes (en sus distintas configuraciones clásicas de dar, hacer o no hacer, y en definitiva, en la configuración de De Castro (1985:262) como una auténtica disminución del acervo patrimonial sin compensación económica).

La cuestión sólo puede concebirse en términos positivos (y realistas con la actuación del legislador de la UE), en cuanto se asuma que hoy los datos personales constituyen no solo el elemento protegido de un derecho fundamental, sino también un bien con un contenido económico reconocido por la realidad del mercado[186].

[185] Ibidem, apdo. 180.

[186] "La información relativa a los usuarios de internet, las personas físicas, constituye un activo intangible que tiene un reflejo contable en la empresa en tanto que generará beneficios económicos futuros, controlados por la entidad". De Barrón Arniches (2019:33)

Deben, en definitiva, de reconocerse como un derecho de la personalidad susceptible de comercialización (Martínez Velencoso, Sancho López. 2018:10).

Dicho lo anterior, no puede obviarse que esta dificultad conceptual fue planteada de forma particularmente virulenta por el SEPD en su Dictamen 4/2017[187] sobre la propuesta de DCSD. Ha de recordarse que conforme al artículo 42, apartado primero, del Reglamento (UE) 2018/1725[188], la Comisión debe consultar al SEPD tras adoptar propuestas de actos legislativos "cuando tengan repercusiones sobre la protección de los derechos y libertades de las personas en relación con el tratamiento de datos personales", obligación que se recogía con anterioridad, al tiempo de presentarse la propuesta de DCSD, en el artículo 28, apartado segundo, del Reglamento (CE) n° 45/2001[189].

En dicho Dictamen 4/2017, el SEPD dedicó un apartado específico[190] a exponer sus reticencias sobre la noción de entrega de datos personales como contraprestación contractual. En las consideraciones allí contenidas, el SEPD partía del reconocimiento de la importancia que en la UE había alcanzado la economía digital, así como el valor económico alcanzado por los datos personales en el entorno digital. A partir de ello, daba su bienvenida a la intención del legislador de la Unión de dispensar a los consumidores de los mal llamados "servicios gratuitos" la misma protección que cuando media el pago de un precio. Pero dicho eso, expresaba con mucha claridad su opinión, siguiendo las consideraciones que ya había manifestado

[187] Supervisor Europeo de Protección de Datos. Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 14 de marzo de 2017. https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

[188] Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.° 45/2001 y la Decisión n.° 1247/2002/CE. DOUE L 295 de 21 de noviembre de 2018.

[189] Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. DOUE L 008, de 12 de enero de 2001.

[190] Apartado 2º rubricado "The use of personal data as "ounterperformance".

en 2016, de que los datos personales no podían compararse al dinero ni al concepto de precio[191].

En particular, recelaba el SEPD de la utilización del término "contraprestación" al definir la propuesta el contrato a cambio de datos personales, ya que a su juicio comportaba la consideración de que se producía una asimilación de la cesión del uso de datos personales, con un intercambio dinerario. Se mostraba, por tanto, radicalmente contrario a la utilización en esa figura de ese concepto de contraprestación, lo que como se examina al analizar el texto final de la DSCD, tuvo como resultado, según se ha apuntado ya, el que finalmente se omitiese la utilización de dicho término y se optase en el artículo 3, apartado 1 DSCD por dejar implícita la noción de contraprestación.

Además de esta, se expresaron en dicho Dictamen 4/2017 otras preocupaciones que, en relación con la normativa de protección de datos suscitaba al SEPD la propuesta de DCSD. Así, junto a la cuestión de la base legitimadora del tratamiento de los datos, se mencionaba a los efectos y regulación de la revocación del consentimiento, la falta de información precisa del consumidor sobre el uso de sus datos, o la incertidumbre entendía se podía generar en cuanto a la norma aplicable. Las múltiples preocupaciones expresadas por el SEPD se resumen en la siguiente y lapidaria afirmación contenida en el apartado 28 del Dictamen: "[a]unque la propuesta busca la protección del consumidor, más bien legitima una práctica sin tener en cuenta la específica naturaleza de los datos personales. Al hacerlo, se puede afectar el equilibrio establecido por el RGPD".

La otra cuestión fundamental que suscitó la propuesta DSCD relativa al contrato a cambio de datos personales fue la de si este enfoque constituía, de algún modo, una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos; en definitiva, como actúa la normativa de protección de datos cuando el trasvase o cesión de los mismos se produce como consecuencia de un negocio jurídico, que además tiene por objeto el suministro de bienes esencialmente inmateriales como

[191] El Dictamen 4/2017 contenía afirmaciones tan contundentes como la siguiente: "There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. One cannot monetise and subject a fundamental right to a simple commercial transaction, even if it is the individual concerned by the data who is a party to the transaction".

son los contenidos o servicios digitales. Y con ello, el planteamiento subyacente de hasta qué punto se respeta el equilibro de posición entre los contratantes, cuando uno de ellos es una persona física, en esta modalidad de contrato[192]. La cuestión queda ya contestada a partir de la constatación de la doble connotación de los datos de carácter personal, elementos objeto de protección esencial como parte de los derechos de la personalidad, al tiempo que hoy presentan un innegable valor comercial.

A ello ha de sumarse una última reflexión, en cuanto que una adecuada protección de la intimidad y privacidad de los usuarios y consumidores que intervienen en el comercio electrónicos constituye una "condición para el desarrollo de los mercados digitales e, incluso, un motor de innovación, ya que los bienes y servicios de la economía de datos solo serán aceptados por los consumidores si se respeta esta preocupación por su privacidad y confidencialidad" (De Barrón Arniches. 2019:32).

5.- El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales, en relación con el Reglamento General de Protección de Datos Personales. La cuestión en particular de la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales

Como advierte la profesora Sánchez Lería (2018:6), esta opción legislativa por la que se contrata el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales no está exenta de dudas, principalmente derivadas de la necesaria

[192] Para contextualizar esta preocupación, De Barrón Arniches (2019:34) alude a las preocupaciones esenciales que, aparejadas a la tecnología desarrollada con Internet, se han mencionado en el capítulo primero, afirmando que, en el marco tecnológico actual, y ante una cesión de sus datos, "[…]el consumidor difícilmente dispondrá de los conocimientos y de los medios técnicos para poder realizar, de facto, ningún control sobre los datos que transfiere, su utilización posterior y su posible transmisión a terceros. Tampoco es factible que las autoridades de control puedan realizarlo respecto de todos los proveedores digitales que operan en el mercado, ni tan siquiera en el europeo. Aún más, el problema más grave es la propia tecnología, puesto que hoy día difícilmente puede hacerse desaparecer completamente la información personal que se sube a internet"

coexistencia de la DCSD con la regulación especial en materia de protección de datos personales en la UE, hoy esencialmente recogida en el RGPD[193].

Cabe considerar la aplicación de la excepción a la exigencia de consentimiento prevista en el artículo 6, apartado 1, letra b), RGPD (el tratamiento de los datos es necesario para la ejecución de un contrato), cuya aplicación se rechaza como excluyente del consentimiento informado al tratamiento, en el caso de que la contraprestación del contrato sea el uso de los datos del que contrata y los facilita al empresario, y ello no solo por cuanto, en el momento en que se van a ceder los datos, aún no se ha celebrado el contrato, sino por cuanto los fines del tratamiento no han de ser exclusivamente los necesarios para la ejecución del contrato, puesto que en ese caso, la cesión de los datos no entraría, conforme al artículo 3, apartado 1, segundo párrafo, DCSD, en el supuesto de contrato a cambio del uso de datos personales[194].

A esta cuestión se refirió igualmente el SEPD en el apartado 3. 2 de su Dictamen 4/2017 sobre la DCSD, expresando su preocupación por que se indujese a confusión en cuanto al supuesto legitimador del tratamiento de datos personales en los contratos de suministros de contenidos o servicios digitales, según mediase precio o el mismo se pactase a cambio de la cesión del uso de datos personales[195]. En su análisis, y tras un exhaustivo repaso a los supuestos que, conforme al artículo 6 del RGPD, legitiman el tratamiento de datos personales, propugnaba que la propuesta de DCSD estableciese expresamente que el los datos tratados por el

[193] 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 (LCEur 2016\605).

[194] "La presente Directiva también se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando 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.". Artículo 3, apartado 1, segundo párrafo, DCSD.

[195] "Article 3 (4) of the Proposal [of DSCD] excludes from its scope only the processing which is "strictly necessary for the performance of the contract (...) and the supplier does not further process them in a way incompatible with this purpose". This difference of terms in both texts might lead to confusion and is might be understood that the "data as counter-performance" can be used under Article 6 (1) (b) of the GDPR, while these data are not considered under data protection law as necessary for the conclusion of the contract. Supervisor Europeo de Protección de Datos. Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. 14 de marzo de 2017. Apdo. 53.

suministrador de contenidos o servicios digitales únicamente podrían ser utilizados cuando ello fuese conforme con el marco normativo de protección de datos de la UE[196].

Cabe apuntar la aparente contradicción que existe entre la obligación contractual que asume el consumidor al ceder sus datos personales (y conceder la autorización para su tratamiento), con el principio esencial de libre revocación del consentimiento del artículo 7, apartado 2, del Reglamento de Protección de Datos. Como apunta Perales Dominique (2021:110), la propiedad de productos digitales basados en datos personales es una cuestión compleja, que se visualiza en la difundida frase "si en internet un producto es gratis es porque el producto eres tú".

Como se ha dicho ya en una primera aproximación al régimen jurídico de protección de datos personales en la UE, no han dejado tampoco de destacarse las diferencias entre el concepto de consentimiento otorgado para habilitar a otro al tratamiento de los datos personales del que consiente, y el consentimiento que se exige para la validez de un contrato.

En este sentido, se ha señalado el distinto ámbito jurídico en que se emiten ambas declaraciones de voluntad, resaltando que el consentimiento prestado como declaración de voluntad constitutiva o extintiva de una relación jurídica patrimonial no puede equipararse a la autorización prestada para el tratamiento de los propios datos personales, que se emite, como señala Larocca (2018:59), "como manifestación de un acto con contenido no patrimonial, absolutamente libre e incoercible, a través del cual se ejerce un derecho de la personalidad". Se insiste por esta autora en las diferencias entre las esferas de la patrimonialidad y de la personalidad, aun sin negar el valor patrimonial que presentan los datos de carácter personal[197].

[196] Ibidem, apdo. 66.

[197] En relación con las manifestaciones del consentimiento de carácter contractual, señala Larocca (2028:59): "[t]ienen que buscarse diferentes soluciones de aquellas vinculadas a las categorías del tener. Porque son innegables las diferencias entre las esferas de la patrimonialidad y de la personalidad, y es aconsejable la apelación tout court a las reglas contractuales para individualizar la normativa idónea para reglamentar la circulación jurídica del llamado valor económico de las señales distintivas de la persona, reconociendo que se trata de un bien material, totalmente disponible y comercial"

La revocación del consentimiento, que no afectará a la licitud del tratamiento de los datos hasta ese momento (Larocca. 2018:62), plantea sin embargo la imposibilidad de continuarlo en adelante, lo cual afecta de pleno al contrato de suministro de contenidos o servicios digitales ya que priva unilateralmente al empresario de la contraprestación obtenida. Ello puede asimilarse, en nuestro derecho, a una causa de terminación contractual, por constituir causa de resolución del mismo.

El legislador europeo no ha seguido en este punto establecer la posibilidad de regular de manera específica el derecho de revocación unilateral del consumidor en estos casos, a fin de asegurar el equilibrio contractual, que sin duda hubiese resuelto algunos de los problemas que puede avistarse suscitará esta nueva modalidad contractual.

Esta diferenciación adquiere mayor énfasis desde el momento en que muchas veces el consentimiento para el tratamiento de datos personales se obtiene de la mera activación de casillas en la pantalla de un ordenador, sin una lectura comprensiva del objeto de la solicitud (cuyas condiciones no se consideran por el consumidor relevantes ante la urgencia del acceso a una determinada web) y sin una conciencia mínimamente clara de los riesgos o consecuencias que comporta la autorización que se está prestando, a la vista de la amplitud del concepto de "tratamiento" de los datos que establece la vigente legislación.

Un sector de la doctrina ya venía advirtiendo que la creciente práctica de oferta de servicios en la web, de la más variada naturaleza (desde acceso a redes sociales, utilización de motores de búsqueda, acceso a repositorios de vídeos, etc.), que se ofrecían como servicios aparentemente gratuitos, a los que se accedía por la mera prestación por el usuario de los datos personales, sin pago de contraprestación dineraria, y donde el tratamiento de los datos se autorizaba para "fines no necesarios para la prestación del servicio" (Larocca. 2018:62), constituían en realidad una auténtica contraprestación contractual, o cuanto menos, un "contrato gratuito interesado" (Caterina. 2011:96).

En el supuesto de revocación del consentimiento, el empresario no podrá invocar, a nuestro juicio, la licitud del tratamiento en virtud de lo dispuesto en el

artículo 6, apartado 1 b) del RGPD[198]. Esta disposición establece esa licitud de tratamiento de datos personales en ausencia del consentimiento del interesado, y no concurriendo ninguno de los otros supuestos regulados en el artículo 6 RGPD, pero no obsta ni impide la posibilidad de que el titular de los datos revoque su consentimiento.

Las dudas expresadas por el SEPD en su Dictamen 4/2017 a que ya se ha hecho referencia, en cuanto a la plena compatibilidad de la propuesta de DCSD con el RGPD, no solo por la conceptualización de la cesión del uso de los datos personales del consumidor como contraprestación contractual, sino también en relación con la información sobre el uso de los datos, o la revocabilidad del consentimiento, han mantenido en buena medida su vigencia e interés, en cuanto el texto finalmente adoptado ha recogido sin variación en relación con tales cuestiones los términos de la propuesta dictaminada.

Es indudable que el derecho a la revocación para el tratamiento de datos personales no es renunciable por el titular de los mismos. En este sentido, puede recordarse lo que con carácter general había establecido, con anterioridad incluso a la entrada en vigor del RGPD, la Agencia Española de Protección de Datos, al señalar en relación con la hoy derogada Ley Orgánica 15/1999, lo siguiente:

> *Asimismo, debe recordarse que la Ley Orgánica 15/1999 que exige, con carácter general, el consentimiento del interesado para el tratamiento y cesión de datos, permite, igualmente, la revocación del mismo, esto es, que el interesado pueda exigir el cese en el tratamiento de sus datos mediante su pura y simple manifestación de voluntad, tal y como se recoge en los artículos 6.3 y 11.4, siendo en estos supuestos el procedimiento a seguir el regulado en el artículo 17 del Reglamento*[199].

[198] "*El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: […]*
b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales".

[199] Informe 0197/2013, del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de datos. https://www.aepd.es/documento/2013-0197.pdf . Verificado el 30 de septiembre de 2024.

El artículo 7, apartado tercero, del RGPD reconoce, con carácter absoluto, al titular de los datos personales tratados (en el caso de personas menores de 16 años, los titulares de la patria potestad de los mismos, conforme al artículo 8), el derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, sin que ello pueda considerar alterado por la circunstancia de haber constituido dicho consentimiento la contraprestación en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales (se afrontan aquí las primeras manifestaciones de lo que el SEPD había ya advertido, en su dictamen antes citado, el riesgo de considerar los datos personales como una *res intra commercium*).

Es importante recordar que dicha revocación del consentimiento, si se produce en los primeros 14 días desde la celebración del contrato, debe equipararse a un desistimiento por parte del consumidor, en aquellos supuestos en que la contratación se haya celebrado fuera de establecimiento mercantil (lo que puede suponerse que en este tipo de contratos será la regla general). Ello es así en aplicación del derecho reconocido en el artículo 9 de la Directiva 2011/83/CE[200]. En este caso, la comunicación formal de la revocación del consentimiento para que continúen tratándose sus datos personales debe equipararse a la declaración contemplada en el artículo 11. 1 b) de la misma Directiva 2011/83/CE.

Fuera de esos supuestos, es decir, de los casos de revocación del consentimiento al tratamiento de datos personales que se produzca -una vez perfeccionado el contrato-, con posterioridad al vencimiento del plazo de desistimiento voluntario para el consumidor, se produce una situación nueva, en que surge la imposibilidad para el contratista de continuar con el tratamiento de los datos, que ha constituido precisamente la contraprestación pactada a cambio del suministro de determinados contenidos o servicios digitales al consumidor.

La consecuencia será el que se origine una causa de resolución del contrato por incumplimiento sobrevenido de las obligaciones que incumben a una de las partes, en este caso el consumidor. En tanto se trata de un contrato recíproco, surgirá para cada parte la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria, si bien en la

[200] 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. DOUE L 304, 22.11.2011, págs. 64-88.

mayoría de casos la escasa entidad de las prestaciones a obtener hará poco probable que por parte del empresario se ejercite dicha facultad resolutoria (Aguilera Ruiz. 2020:125).

Normalmente, la parte que se vea impedida de continuar con el tratamiento de datos y, con ello, la normal ejecución del contrato (el empresario) optará en tal supuesto por cesar en la contraprestación a que venía obligado, el suministro de contenidos o servicios digitales. Entramos en ese caso en el supuesto en que el titular de los datos podría ejercitar la acción por incumplimiento, ante la cual el empresario podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*.

En este caso, cabe entender que se producirá un supuesto de incumplimiento esencial, en el sentido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[201], es decir, un supuesto en que el incumplimiento afecta a un elemento fundamental de la relación contractual, que ha llevado precisamente a una de las partes a su celebración. Esto determinará que la trascendencia resolutoria afecte a la totalidad de las prestaciones contractuales, independientemente de su carácter complementario o accesorio.

Parece lógico considerar que la cesión de los datos personales por el consumidor para su tratamiento por su contratante, conlleva para este unas expectativas claras de prolongación en el tiempo, durante el que podría tratar los datos de manera lícita con la finalidad específica que ha llevado inicialmente al consumidor a aceptar el pacto. La frustración de tal expectativa, afecta de manera esencial, apunta Sánchez Martín (2014) a la "valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabría esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado"[202]. Debe entenderse que se ha producido auténtica frustración "del «fin práctico del contrato», de las «legítimas expectativas» o a la privación sustancial «de todo aquello que cabría esperar en virtud del contrato celebrado"[203].

[201] Por todas, SSTS de 18 de noviembre de 2013 (RJ 2014\2233), 29 de enero de 2014 (RJ 2014\1034) o de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014\3877).
[202] STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014\3877).
[203] Sánchez Martín (2014).

Podrá cuestionarse, no sin razón, la utilidad de esta valoración, ante supuestos prácticos en los que generalmente será intrascendente la revocación del consentimiento por parte de un consumidor, en el contexto de una prestación digital cuya justificación negocial solo se hallará en la celebración de un número elevadísimo de contratos que permitan obtener un beneficio al empresario. Es decir, cabe presumir que este tipo de contratos solo se verificará en supuestos en que sea posible celebrar un número de contratos que permita afirmar que nos encontramos ante supuestos de "contratos masa". En tales casos, poca o nula trascendencia tendrá la revocación por un consumidor del consentimiento al tratamiento de sus datos.

Sin embargo, no puede desconocerse la posibilidad de actuaciones concertadas o propagadas a través de redes sociales, por ejemplo, para el boicot a un determinado servicio de prestación hasta ahora considerada gratuita por Internet, y que pueden producirse, i. e., ante la noticia de que se han producido brechas de seguridad que generen un acceso ilícito masivo a los datos personales de los usuarios de una red o servicio de comunicación. En tales casos, sí podemos estar en presencia de una reacción cuantitativamente significativa, que pueda entrar en esta categoría de incumplimiento esencial del contrato, con una trascendencia significativa para el oferente de los servicios o contenido digitales.

La revocación del consentimiento determina, en definitiva, la imposibilidad de continuarlo en adelante por parte del empresario, lo que afecta de lleno a la ejecución del contrato ya que priva de manera unilateral al empresario de la contraprestación obtenida, lo que puede identificarse en nuestro Derecho con un supuesto de ineficacia contractual, por constituir causa de resolución del contrato. El legislador europeo no ha seguido en este punto la posibilidad de regular de manera específica el derecho de revocación unilateral del consumidor en estos casos, a fin de asegurar el equilibrio contractual (Aguilera Ruiz. 2019:7).

CONCLUSIONES

Primera.- Los avances verificados en los últimos cuarenta años en las tecnologías de las comunicaciones, y principalmente el desarrollo de Internet como medio de transmisión de información y contenidos, ha modificado de forma esencial el modelo tradicional del comercio a distancia. La expansión en todo el mundo de sistemas de comercio a través de medios digitales ha determinado una expansión sin precedentes de los intercambios transfronterizos, tanto de bienes materiales como inmateriales, no solo entre empresas sino, como principal novedad, entre empresarios y consumidores, que han adquirido la posibilidad, a través de las nuevas tecnologías de comunicación, de contratar con inmediatez y accediendo a la oferta de productos desde casi cualquier rincón del mundo.

Segunda.- Estas transformaciones han determinado el surgimiento, en los últimos años, de un modelo económico nuevo, que se caracteriza por la intervención de grandes plataformas intermediadoras entre productores, distribuidores y consumidores, y que han facilitado este enorme desarrollo de la contratación de bienes y servicios por medios electrónicos. A la vez, un número reducido de grandes empresas, fundamentalmente norteamericanas y chinas, con implantación mundial, dominan el mercado de estas plataformas en Internet, y a través del mismo, han fidelizado a una clientela en el acceso a productos y servicios ofrecidos por las mismas, de carácter digital, tales como redes sociales, programas de navegación por Internet, o servicio de repositorios de contenidos en los que los consumidores pueden almacenar contenido digital. Ello ha generado nuevas necesidades en el ámbito de los contratos a través de los que, en buena medida, se vehicula la prestación y el acceso a estos servicios en la red.

Tercera.- Una característica destacada de estas transformaciones y nuevos modelos de negocio ha centrado su actividad en los datos, tanto de carácter personal de los consumidores y usuarios de los muy diversos servicios ofrecidos por Internet,

como, de un modo consecutivo y a medida que la tecnología ha ido permitiendo el manejo de magnitudes de información y datos hasta hace poco inimaginables. Estos datos proceden tanto de consumidores en su interacción a través de Internet, como como de bienes y dispositivos conectados a la red, de cada vez más cotidiano uso por los particulares, que los generan. Esto ha generado un modelo de negocio que, a partir del tratamiento unificado de enormes cantidades datos obtenidos de distintas fuentes, ofrece servicios cada vez más individualizados y personalizados, con los consiguientes riesgos para la privacidad y la protección de datos de los ciudadanos.

Cuarta.- La regulación jurídica del comercio electrónico, como en general la de todo el fenómeno que comporta Internet, se enfrenta a una realidad incontestable: el carácter transfronterizo, la naturaleza extraterritorial de Internet, con la consecuente dificultad para imponer, desde una dimensión estrictamente nacional, la efectividad de una regulación que atienda, entre otros aspectos, a la protección de los consumidores. Dicha efectividad solo es posible a través de normas internacionales ampliamente asumidas, y una efectiva cooperación internacional para atender relaciones jurídicas que no restringen sus efectos consecuencias al ámbito de una sola jurisdicción. Los intereses contrapuestos y enfoques distintos que mantienen los estados que lideran tecnológica y empresarialmente la materia (EE.UU. China y la UE) ha determinado por el momento la imposibilidad de alcanzar consensos que hayan permitido la adopción de regulaciones internacionales de ámbito global (NN.UU., OMC), o regional (con la excepción de la UE en el territorio de sus EEMM).

Quinta.- Los instrumentos adoptados en el seno de las NN.UU., particularmente la Convención de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, no da respuesta satisfactoria en general a las necesidades regulatorias de la contratación electrónica, ni en particular a la de los contenidos y servicios digitales. La ulterior Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, también adoptada en el ámbito de las NN.UU., no ha conseguido tampoco el objetivo, ni por su insuficiente contenido, ni por su carácter de norma modelo de

carácter voluntario, que ha dificultado su expansión. Por ello, y tras atender a la normativa de los principales áreas geográficas de cooperación y principales estados, se constata que no existen normas internacionales que ofrezcan una suficiente seguridad jurídica al comercio electrónico transnacional, más allá de algunas propuestas de normas sin fuerza vinculante, o bien limitadas a aspectos muy generales (principios para la aceptación y equivalencia de las nuevas vías de contratación digital) o limitadas a ámbitos sectoriales excesivamente concretos (firma electrónica, medios de pagos).

Sexta.- Atendiendo ya la Unión Europea como organización supraestatal, se constata que la regulación de un entorno normativo propicio para la expansión del comercio electrónico debe atender a múltiples áreas de regulación. Entre ellas, la protección de los consumidores, protección de datos, la regulación de las comunicaciones electrónicas, normas sobre Derecho internacional privado, la regulación de las plataformas digitales de intermediación, los aspectos fiscales y sistemas de pago o el respeto a las normas de competencia. Todas estas áreas de regulación inciden, en mayor o menor medida, en la existencia de un entorno digital y empresarial estable y seguro, que propicie la confianza del consumidor y la seguridad jurídica, elementos necesarios para un adecuado desarrollo de la contratación por medios electrónicos.

Séptima.- La Unión Europea ha tratado de adaptar su acervo jurídico a los retos planteados por las transformaciones tecnológicas, y los consiguientes cambios en los usos y modelos comerciales a que se acaba de hacer mención. En los últimos diez años, y desarrollando una planificación establecida destinada a adaptar el mercado único a los retos de la digitalización (la Estrategia para un mercado único digital de 2015, revisada en 2017), se han adoptado una serie de normas –principalmente reglamentos de aplicación directa-, en ámbitos muy distintos pero interrelacionados. Estas disposiciones han venido a normativizar los cambios, tanto en lo relativo al fenómeno de una economía de plataformas (dominada por una serie de empresas que no tienen su sede central en la Unión Europea), como a otros

múltiples aspectos que van desde el Derecho de la competencia o la protección de la propiedad intelectual, hasta la protección de datos. Entre esa regulación, se han adoptado por primera vez normas que regulan el contrato digital para el suministro de contenidos y servicios digitales, a través de la Directiva (UE) 770/2019 (DCSD).

Octava.- Hasta la aprobación de la DCSD, el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales carecía de una regulación específica en la Unión Europea. Tampoco existía regulación sobre el mismo en el marco de las organizaciones internacionales de ámbito global o regional, ni en la mayor parte de Estados miembros (sin perjuicio de que pudiesen considerarse incluidos en la regulación general de los contratos celebrados por medios electrónicos). Sí existían algunos antecedentes reseñables, en la UE, como la Directiva 1999/44/CE y la Directiva 2011/83/CE que regulaban ciertos aspectos de los contratos de consumo, y otras propuestas que no llegaron a positivizarse (propuesta de Reglamento CESL, que integraba una regulación del contrato de compraventa que integraba en su ámbito aplicativo los contenidos digitales). Por tanto, la DCSD constituye la primera regulación específica de esta concreta modalidad contractual en todo el mundo, que atiende a determinados aspectos sustantivos de este tipo de transacciones, hoy tan generalizadas.

Novena.- EL contrato de suministro de contenidos o servicios digitales en la UE se ha regulado a través de directiva –que impone únicamente una obligación de resultado a los Estados miembros-. No se ha conformado por el legislador UE como un nuevo contrato típico que deba asumirse por las legislaciones nacionales, sino que se ha optado por armonizar aspectos concretos del tipo contractual, a través de una técnica de "armonización máxima selectiva". Según ella, el legislador de la UE sólo impone a los Estados miembros que aseguren determinadas consecuencias jurídicas en aquellos contratos, de la naturaleza que sean, que queden dentro del ámbito de aplicación regulado por la DCSD. En casi ningún Estado miembro existía en ese momento una regulación específica para estos contratos, y en los que sí

existía (Reino Unido, por entonces aun parte de la UE, y Países Bajos), no tenía un desarrollo suficiente.

Décima.- La DCSD se integra en el acervo UE sobre derecho de consumo, y así su principal objetivo se centra en el reconocimiento de ciertos derechos a los consumidores que celebren este tipo de contratos, ante posibles incumplimientos por parte del empresario que se obliga a suministrar los contenidos o servicios digitales. Pese a este encuadre sistemático, la regulación de la DCSD afecta también en otras áreas como el derecho de contratos de la UE. Es una norma que impone a los EEMM la armonización completa o máxima de determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales celebrados por consumidores. Los aspectos armonizados afectan fundamentalmente al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, al régimen de falta de conformidad del contenido suministrado (incluida la falta de suministro) y a las medidas de reparación ante dicha falta de suministro.

Undécima.- Este enfoque de "armonización máxima selectiva", que únicamente afecta a determinadas cuestiones de la regulación, ha determinado que la transposición en los EEMM diverja en muchos de los aspectos que no han sido objeto de armonización, comenzando por la determinación de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, si bien en un número considerable de ellos, incluida España, la normativa ha venido a dotar de regulación propia a un nuevo tipo de contrato anteriormente inexistente. Además, el planteamiento del legislador UE asume la remisión a las legislaciones nacionales de los aspectos atinentes a la teoría general de contrato (capacidad, forma, elementos esenciales del contrato, validez, indemnización por daños y perjuicios, plazos para el ejercicio de acciones de reclamación contractuales –esto último con alguna limitación, al imponer el respeto del plazo mínimo para ejercer la acción por falta de conformidad que impone la DCSD-). No existen razones para no admitir nuevas tipologías contractuales cuyas particularidades exceden del mero vehículo empleado para transmitir las declaraciones de voluntad constitutivas, y a las que se aplican principios nuevos y

adicionales a los tradicionales.

Duodécima.- Por tanto, y atendiendo a la incorporación de la DCSD a las legislaciones nacionales, lo novedoso de la regulación ha determinado que, en muchos Estados miembros (incluyendo España, a través de la LGCU), la transposición de la DCSD haya llevado, de facto, a la incorporación de un tipo contractual novedoso con una regulación significativa, que si bien no alcanza a regular la totalidad de los aspectos de la relación contractual, sí permite en muchos casos sostener a la existencia de un nuevo contrato típico, en el ámbito regulatorio de la contratación por medios digitales de varios Estados miembros.

Decimotercera.- Las diferencias en la incorporación de las prescripciones de la DCSD a las legislaciones nacionales no han perjudicado necesariamente el objetivo armonizador pretendido por la Comisión. La Comisión Europea no ha iniciado ningún procedimiento sancionador por inadecuada transposición de la DCSD a la normativa nacional de ningún Estado miembro, y únicamente mantiene al cierre de estas líneas abierto un procedimiento contra la República de Eslovaquia por falta de comunicación de las medidas de transposición. Ello permite afirmar, dado el tiempo transcurrido, que la Comisión considera alcanzado el objetivo de armonización pretendido, y que no ha detectado divergencias regulatorias relevantes en los aspectos homogeneizados por la DCSD. Ello con la salvedad del citado Estado miembro que no habría comunicado aun su normativa de transposición, hecho que puede haber motivado el retraso en la presentación por la Comisión del informe sobre la aplicación de la DCSD, que debería haberse transmitido al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social en junio de 2024, conforme al artículo 25 de la Directiva.

Decimocuarta.- La regulación que la DCSD establece del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales atiende a las principales dificultades que pueden surgir en la ejecución del contrato. El régimen de conformidad

constituye la pieza clave de la regulación, determina con suficiente amplitud, y de manera coherente con los precedentes regulatorios en el acervo UE de consumidores, los supuestos que permiten al consumidor acudir a medidas de reparación ante la falta de suministro o cuando habiéndose verificado este, lo suministrado presente deficiencias relevantes. Hubiese sido deseable una mayor precisión en la descripción de los supuestos de no conformidad, que presenta en varios puntos una falta de concreción que obligan a acudir al "criterio de razonabilidad" y a parámetros como la percepción del "consumidor medio" o las "expectativas razonables", lo que propicia divergencias interpretativas. Aunque se haya justificado esta falta de concreción en la conveniencia de que la normativa se acomode a las transformaciones de una realidad tecnológica muy cambiante, lo cierto es que, en particular la determinación de alguno de los supuestos de no conformidad objetiva, puede conducir a divergencias interpretativas y con ello a una litigiosidad indeseable para los consumidores. Pese a ello, supone un avance respecto a la regulación preexistente.

Decimoquinta.- El otro elemento desatacado de la regulación prevista en la DCSD es el régimen de las medidas de reparación. El esquema seguido en este punto por la Directiva, articulado con una ordenación jerárquica de las tres soluciones principales ofrecidas al consumidor (exigencia de cumplimiento, reducción del precio, resolución del contrato), resulta también coherente con precedentes existentes en la normativa sobre compraventa de consumo en el acervo UE, si bien no presenta una evolución tan marcada respecto a los mismos como se muestra en el régimen de no conformidad. El sistema de medidas de reparación trata de mantener, en su conjunto, un razonable equilibrio entre los intereses de las partes y favorece, en primera instancia y siempre que resulte posible, el cumplimiento contractual.

Decimosexta.- Hubiese sido deseable una mayor ambición por parte del legislador de la Unión a la hora de armonizar otros aspectos sustantivos del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, dada su creciente importancia en

el comercio digital. Su carácter horizontal, que permite acoger una enorme variedad de prestaciones (bien de contenidos o modalidades de servicios enormemente diversos), hace de esta modalidad contractual una pieza jurídica de gran importancia en las transacciones digitales. Un enfoque regulatorio más amplio hubiese permitido abordar otros aspectos sustantivos, e incluso formales del contrato, que sin duda hubiesen favorecido más este tipo de transacciones en el territorio de la Unión. Sin embargo, las limitaciones propias de *la mèthode communautaire* conducen normalmente, y más cuando la materia afecta al Derecho de contratos, a que las propuestas presentadas por la Comisión en la materia presenten una ambición bien medida, cuya extensión tampoco favorece el juego negociador de los colegisladores de la Unión. Sigue existiendo una amplia fragmentación en las regulaciones nacionales que regulan la cuestión, que seguirá frenando el potencial de crecimiento del comercio digital transfronterizo, ello pese a las llamadas, cada vez más perentorias, a favorecer el crecimiento de la competitividad en la Unión Europea.

Decimoséptima.- La transposición de la DCSD al Derecho español ha sido doble, al verificarse tanto en el Derecho común a través de la reforma operada en la LGCU por el Real Decreto-Ley 7/2021, como en el Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a través del Decreto-Ley 21/2021 de la Generalitat de Cataluña. En el primer caso, la vía del real decreto-ley elegida para la transposición resulta anormal. Aunque con ello se evitó que España incumpliese el plazo de transposición, impidió que el proyecto se beneficiase de los debates propios de una tramitación parlamentaria ordinaria. Como valoración general, la transposición al Derecho civil común español de la DCSD ha de considerarse adecuada, si bien puede reseñarse un nivel de ambición modesto que se trasluce en una quizá excesiva fidelidad al texto de la norma UE, o en que el legislador nacional no haya hecho uso de las facultades y opciones que la DCSD brinda a los legisladores nacionales (por ejemplo, para extender los plazos de garantía). Pese a ello la transposición es técnicamente correcta y no ha generado discordancias significativas con la regulación preexistente de la LGCU ni con otros ámbitos del ordenamiento.

Decimoctava.- En el segundo caso (transposición al Derecho civil especial de Cataluña), aunque la misma no era imprescindible (pues hubiese sido de aplicación la normativa común en virtud de la cláusula general de supletoriedad del Derecho civil común); aunque la transposición de la DCL puede considerarse coherente con la previa transposición de la normativa UE sobre el contrato de compraventa con consumidores, no lo es tanto la de la DCSD, pues supone la asunción de una regulación novedosa. Al hacerse, por otro parte, insertando la regulación en el Código Civil de Cataluña, y haciéndolo mediante disposiciones sumamente genéricas, se crea una divergencia regulatoria significativa respecto al régimen de Derecho común, que resulta cuanto menos paradójica desde la consideración del objetivo de armonización del régimen del suministro los contenidos y servicios digitales en los EEMM de la UE.

Decimonovena.- Resulta en definitiva una peculiaridad el que dentro de un mismo EM sea posible encontrar dos regímenes jurídicos diferentes del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, cada uno circunscrito a su ámbito territorial de aplicación, pero con diferencias de enfoque significativas, y en algún caso también de contenido. Ello determina que no pueda considerarse que, al menos en el caso español, se haya logrado una armonización sustancial de regímenes jurídicos, ya que, aunque las soluciones aplicables si respondan a lo exigido por la Directiva, se fragmenta la regulación y se obliga a los empresarios de otros EEMM a tener que atender a distintas regulaciones según la comunidad autónoma española donde resida el consumidor con el que pretendan contratar el suministro de contenidos y servicios digitales.

Vigésima.- Si hay un ámbito normativo, más allá de la protección de los consumidores, con el que la DCSD presenta una relación más intensa, es sin duda el de la protección de datos personales. La regulación del contrato de suministro digital a cambio de la cesión del uso de sus datos personales por el consumidor constituye una de las mayores innovaciones que aporta la DCSD, en la regulación de una materia contractual ya novedosa de por sí. Aunque pudiera considerarse que ya

venían implícitamente regulados por la normativa anterior a la DCSD, su regulación expresa supone un avance significativo en el acervo de la UE, que acoge una realidad incontestable en el entorno digital: la progresiva consideración de los datos –en particular, los de carácter personal- como un activo comercial. Esa realidad, y más en particular la regulación de esta modalidad contractual en la DCSD, plantea cuestiones sobre la compatibilidad de la regulación con la normativa de protección de datos -que atiende fundamentalmente a su consideración como derecho fundamental-, que requieren un análisis particularizado de las consecuencias de distinto orden que se derivan de considerar como una auténtica contraprestación contractual la cesión de datos de carácter personal, en el marco de un contrato de suministro digital. Se suscitan cuestiones merecedoras de análisis, en aquellos puntos en que el normal desenvolvimiento del contrato puede comportar fricciones con el régimen del RGPD, en aspectos como la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos, cuando ello ha constituido precisamente uno de los elementos consustanciales de la señalada modalidad contractual.

Vigesimoprimera.- La DCSD permite constatar cómo, desde una configuración inicial de la protección de datos de carácter personal como un derecho exclusivamente subjetivo, atinente a la personalidad y vinculado al ámbito estricto del sujeto, la progresiva evolución tecnológica ha ido abriendo paso, cada vez con mayor caracterización doctrinal, a la consideración de los datos personales como un bien con relevancia económica, integrante también de la esfera patrimonial del individuo.

BIBLIOGRAFIA

AGÜERO ORTIZ, A. (2024). Derecho de repetición del empresario por la responsabilidad derivada del incumplimiento o falta de conformidad en el suministro de los contenidos y servicios digitales. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª ed, pp. 795-832). Aranzadi

AGUILERA RUIZ, L. (2020) La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770. Alonso Pérez, M. T. (coord..), Hernández Sáinz, E. (dir.), Santos Morón, M. J. (pre.). *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (1ª edición, pp. 117-129). Aranzadi.

AGUILERA RUIZ, L. (2019) La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770. *La Ley Unión Europea, nº 75, año VII, noviembre de 2019.* Wolters Kluber.

ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*. Reus.

APARICIO SALOM, J. (2018) *Derechos del Interesado (Arts. 12-19)*. López Calvo, J. (coord.). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos* (1ª edición, pp. 363-400). Wolters Kluber.

ARAGAO SEIA, C. (2023) *Inteligencia artificial: responsabilidad civil 3.0*. López Ulla, J.M. (dir.) y Quiroga Corti, M.P. (coord..). El impacto de la era digital en el derecho. Aranzadi,

ARENAS GARCÍA, R. (2014) La formación de los contratos Internacionales. Parra Lucán, M. A. (dir). *Negociación y perfección de los contratos* (1ª edición, pp. 527-601). Thomson Reuters Aranzadi.

ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M. (2022). Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X,* Nº. 1, 2022. https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/398624/491906

ARNAU RAVENTÓS, L., GRAMUNT FOMBUENA, M. (2023). *La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán*. Anuario de Derecho Civil, ISSN, 0210-301X, Vol. 76, Nº. 1, 2023, pags. 75-126

ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2022) La protección del consumidor en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ripoll Carulla, S. (edit.). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (1ª edición, pp. 275-306). Marcial Pons.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2024). Los plazos de la responsabilidad y de los remedios por falta de conformidad. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª ed, pp. 511-589). Aranzadi.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2023a). Spain. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, (edits.) *Harmonizing Digital Contract Law. The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook* (1st edition, pp. 625-648). Hart. Berk. Nomos.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2023b). La transformación digital de los contratos de consumo en España. I. González Pacanowska, I, M. C. Plana Arnaldos (coords.) *Contratación en el entorno digital* (1ª edición, pp. 23-62). Aranzadi.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). 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 del Consumo. Nº 41/2022,* https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.41.2955

ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). *El Derecho de las plataformas en la Unión Europea*. Arroyo Amayuelas, E., Martínez Mata, Y., Rodriguez Font, M, Tarrés Vives, M. en el comercio electrónico de la Unión Servicios en plataforma: estrategias regulatorias (Ser. Derecho de los servicios públicos y de la regulación). Marcial Pons.

ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.) (2020). *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Colegio Notarial de Cataluña. Marcial Pons.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2008) Los principios del Derecho contractual comunitario. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211-239. Ministerio de Justicia.

AUTOCONTROL-AECE-FECEMD (2002). *Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva*. Código de autorregulación presentado el 28 de noviembre de 2002. https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/ct-confianza-online.pdf

ARZOZ SANTISTEBAN, X (2013). Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos. Arzoz Santisteban, X. (coord.). *Transposición de directivas y autogobierno: el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el Estado* (1ª edición, pp. 75-146). Institut d'Estudis Autonomics. Generalitat de Cataluña.

BANCO MUNDIAL (2020). *Electronic Payments Acceptance Incentives. Literature Review and Country Examples.* Banco Mundial.

BARCELÓ COMPTE, R. (2024). From conformity to sustainability: Understanding the implications of digital content modifications under directives 2019/770 and 771. *Global Jurist, 24(1), págs. 25-54.* https://doi.org/10.1515/gj-2023-0005.

BARCELÓ COMPTE, R., RUBIO GIMENO, G. (2022). La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2022.* https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/403424/497284

BARRAL VIÑALS, I. (2006) La "contratación por vía electrónica": adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional. Llamas Bombo, E. (coord.) *Estudios de derecho de obligaciones homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Vol. 1 (1ª edición, pp. 107-124). Wolters Kluwer.

BARRIO ANDRÉS, M. (2020). *Manual de Derecho Digital*. Tirant lo Blanch.

BARRIO ANDRÉS, M. (2017). *Fundamentos del Derecho de Internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BASOREDO-OTZERINJAUREGUI, I. (2021). Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Jiménez Blanco, P., Espiniella Menéndez, A. (edits. lit.). *Nuevos escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación* (1ª edición, pp. 652-682). Tirant lo Blanch.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2021). A golpe de Decreto-Ley (Editorial). *Cuadernos de Derecho Privado, 1, pp. 1-7. Bercal*. DOI: https://doi.org/10.62158/cdp.3 .

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2020). *Introducción al Derecho de contratos.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R, (dir.*). Tratado de Contratos, T.I,.,* (3ª edición, pp. 130-137). Tirant lo Blanch.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). El concepto autónomo de comunicación pública en el ámbito offline. Cámara Águila, P., Garrote Fernández-Díez, I. (coords.). *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea* (1ª edición, pp. 337-400). Tirant lo Blanch.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *et alii* (2019). *Manual de Propiedad Intelectual.* Tirant lo Blanch.

BORGHETTI, J-S. (2023) France. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, (edits.) Harmonizing Digital Contract Law. The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook (1st edition, pp. 249-272). Hart. Berk. Nomos.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2001). La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz.* Nº. 1, 2001, págs. 285-318. Universidad del País Vasco.

BEALE, H. (2021) Digital Content Directive And Rules For Contracts On Continuous Supply*. Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law 12 (2021) 2, págs. 91-110*. https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-12-2-2021/5286 .

BEALE, H. (2016). The future of European contract law in the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales*. IDP, Revista de Internet, Derecho y Política, nº. 23, diciembre 2026.* UOC. https://www.redalyc.org/pdf/788/78849767002.pdf.

BRAUCHER, R. (1958) The Legislative History of the Uniform Commercial Code. *Columbia Law Review, vol. 58, nº. 6 (junio 1958).* Editorial Columbia Law Review Association, Inc.

CALVO CARAVACA, A-L. (2020). Consumers contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends. *Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, págs... 86-96*. Universidad Carlos III de Madrid. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.518.1.

CALVO CARAVACA, A-L. (2009). El Reglamento Roma I aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2009). Vol.1, nº. 2, pp. 52-133*. Universidad Carlos III de Madrid.

CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2020). *Tratado de derecho internacional privado* (Ser. Tratados). Tirant lo Blanch.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2024*).* ¿In medio virtus? A favor del canon jurisprudencial objetivo del "consumidor medio" para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas*. Cuadernos de derecho transnacional, (marzo 2024). Vol. 16, nº. 2, 2024, págs. 186-231*. Universidad Carlos III de Madrid.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2022). Artículo 1. Disposiciones generales*.* Cañizares Laso, A. (dir.) y Zumaquero Gil, L. (coord.). *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo I*. (1ª edición, pp. 61-86). Tirant lo Blanch.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2021). 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 9887, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2021, Diario La Ley, N.º 9881, 29 de Junio de 2021*. Wolters Kluwer.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales*. Cuadernos de Derecho Transnacional, (marzo 2020) Vol. 12, nº 1, págs. 838-862*. Universidad Carlos III de Madrid. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5226 .

CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). *Contratos y protección jurídica del consumidor*. Ediciones Olejnik.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho, nº. 3 (número especial sobre mercado único digital europeo y protección de los consumidores), 3.2016 - 2024* -. https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1242.pdf .

CANALES GUTIÉRREZ, S. (2024) *Consumidores y plataformas de alojamiento turístico en Derecho Internacional Privado: una visión crítica y práctica de la normativa de la Unión Europea y Latinoamérica.* Tirant lo Blanch.

CAÑIZARES LASO, A., ZUMAQUERO GIL, L. (2022) *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Prólogo.* Cañizares Laso, A. (dir.) y Zumaquero Gil, L. (coord.). Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. Tomo I. Tirant lo Blanch.

CARRASCO PERERA, A. (2021). *Derecho de contratos.* Aranzadi.

CASTILLA BAREA, M. (2012) La unificación de los diversos regímenes de saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos ¿una cuestión pendiente en materia de compraventa? M. C. Gómez Laplaza, (coord.) *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft* (1ª edición, pp. 89-96). Dikynson.

CASTILLA BAREA, M. (2009). La determinación de la "falta de conformidad" del bien con el contrato a tenor del art. 2 de la Directiva 1999/44/C.E., del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. Anuario de la Facultad de Derecho. Nº 21, 2003, págs. 275-337.* Universidad de Extremadura.

CASTAN TOBEÑAS, J., GARCÍA CANTERO, G. (2021) *Derecho Civil Español, Común Y Foral*. Tomo 3, Derecho de Obligaciones. 15ª ed. Reus.

CASTAÑOS CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA (2019). Presentación. P. Castaños Castro, J. A. Castillo Parrilla (dirs), A. M. Pastor García, I. L. Martens Jiménez (coords.). *El Mercado Digital en la Unión Europea* (1ª edición, pp. 21-26). Reus.

CASTILLO PARRILLA, J. A. (2018). *Bienes digitales: una necesidad europea*. Dykinson.

CASTILLO PARRILLA, J. A. (2018b) A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados "de suministro de contenidos digitales". A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015). F. Capilla Roncero, M. E. Lerdo de Tejada, F. J. Aranguren Urriza, J. P. Murga Fernández, (dirs.). M. A. Fernández Scagliusi (coord.). *Derecho Digital: retos y cuestiones actuales* (1ª edición, pp. 71-83). Thomson Reuters Aranzadi.

CASTILLO PARRILLA, J. A. (2017). El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia del mercado único digital de Europa y los principios de la contratación electrónica en España. Especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales. L. B. Pérez Gallardo, (coord.) *Contratación electrónica y protección de los consumidores -una visión panorámica-.* (1ª ed. pp. 101-132). Reus.

CAUFFMAN, C. (2019) New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships. *Maastricht Journal of European and Comparative Law 2019,* Vol. 26(4) 469–479. https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1023263X19865835

CATERINA, R. (2011) Cyberespazio, social network e teoría generale del contratto. *Annali italiani del Dirito d´autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA). Num. XX-2011.* Editorial Giuffre Editore.

CAZUZO BARAHONA, V. (2020). *Antecedentes y Fundamentos del Derecho a la protección de datos*. J. M. Bosch Editor.

CEBRIÁN SALVAT, M. A. (2024). Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo. La vida después de Schrems*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2024), Vol. 16, Nº 2, pp. 378-402.* Universidad Carlos III de Madrid. https://doi.org/10.20318/cdt.2024.8917 .

CERVERA NAVAS, L. (2018). El nuevo modelo europeo de protección de datos de carácter personal. J. López Calvo, J. Amérigo Alonso (coords.) *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos* (1ª edición, pp. 69-74). Wolters Kluber.

CHELSEA, G., NOVES, M y ZHANG, J. (2021) La legislación relativa al comercio electrónico en Estados Unidos. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. 685-717). Tirant lo Blanch.

CNUDMI (2013) *Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. NN.UU.

CORDERO ÁLVAREZ, C. I. (2021) La determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos o a distancia. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. 561-642). Tirant lo Blanch.

CRÉMER, J., DE MONTJOVE, Y-A., SCHWEITZER, H. (2019) *Competition policy for the digital era*. Comisión Europea. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en .

CRISTINA TUDOR, E. (2021) Los retos del derecho de la competencia en la economía de plataformas. A. Martínez Nadal (dir.). *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (1ª edición, pp. 151-168) Thomson Reuters Aranzadi.

CUATRECASAS, INSTITUTO. *Economía de plataformas, blockchain y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019. https://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=5885346

DAVARA F. DE MARCOS, I. (2010). *Protección de datos de carácter personal en México: problemática jurídica y estatus normativo actual. Compendio de lecturas y legislación*. Colección INAI. Editorial Tiro Corto. México.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2019). La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales). *Cuadernos Europeos de Deusto. No. 61/2019, Bilbao, págs. 29-65.* http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp29-65 .

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967) *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

DE FRANCESCHI, A., SCHULZE, R. (2023) Harmonizing Digital Contract Law – an Introduction. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, (edits*.) Harmonizing Digital Contract Law. The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook* (1st edition, pp. 1-32). Hart. Beck. Nomos.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2024a) El nuevo Reglamento (UE) 2023/2854 de Datos*. La Ley Unión Europea. Nº. 121, año XI, enero de 2024*. Karnov.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2024b) Los límites a la licitud de los modelos de "consentimiento o pago en materia de datos personales". *La Ley Unión Europea, nº 27, año XI, julio de 2024*. Karnov.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2023). *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*. Derecho digital. Aranzadi.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2023b), Diferencias en el concepto de consumidor entre las directivas de protección de los consumidores y los instrumentos de Derecho internacional privado. *La Ley Unión Europea, nº 116, año X, julio de 2023.* Karnov.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2023c). Mercados en línea e infracción de marcas: extensión de la responsabilidad de las plataformas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2022, asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21, Louboutin. *La Ley Unión Europea, nº 111, año X, febrero de 2023. Karnov.*

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2022) *Derecho Privado de Internet*. 6ª. ed. Thomson Reuters-Civitas.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2021) Plataformas digitales y actividades transfronterizas. P. Jiménez Blanco, A. Espiniella Menéndez, (dirs.). *Nuevos escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación* (1ª edición, pp. 379-411). Tirant lo Blanch.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2020). Contratación de consumo y Derecho Internacional Privado: desarrollos recientes. Fernández Rozas, J. C., Guzmán Zapater, M., Fernández Pérez, A., Guzmán Peces, M. (eds. lits.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación (Libro Homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente)*, (1ª edición, pp. 207-221). Iprolex.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2018) Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial. *La Ley Unión Europea, nº. 56, año V, febrero de 2018*. Wolter Klubers.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (viernes, 21 de diciembre de 2018). *Reglamento (UE) 2018/1807 sobre libre circulación de datos no personales*. Pedro de Miguel Asensio. https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/12/reglamento-ue-20181807-sobre-libre.html#more

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (18 de diciembre de 2012). *Sobre la Propuesta de normativa común de compraventa europea*. https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/12/sobre-la-propuesta-de-normativa-comun.htm .

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2008a). *Mercado global y protección de los consumidores*. Cotino Hueso L. (coord..). Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías. Tirant lo Blanch.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2008b). La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo*. Estudios sobre Consumo, nº 85, 2008, págs. 23-48*. Ministerio de Sanidad y Consumo.

DELGADO SÁEZ, J. (2022). La transposición de la Directiva (UE) 2019/771 al ordenamiento jurídico español: falta de conformidad, remedios y plazos*. Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022*, ISSN: 2386-4567, pp. 854-873. Idibe/Tirant lo Blanch.

DÍAZ MORENO, F. (2009). *Manual de Derecho de la Unión Europea* (5ª edición). Thomson Reuters.

DIKIE, J. (1999). *Internet and Electronic Commerce Law in the European Unión*. Hart Publishing. Oxford-Portland Oregon.

EFRONI, Z. (2020). Location data as a contractual counter-performance: a perspective on recent EU legislation. Finck, M. *et alii* (edits.), *Smart Urban Mobility, MOI Studies on Intellectual Property and Competition Law* (29, 1st edition, pp. 257-283). https://doi.org/10.1007/978-3-6762-61920-9_13.

ERISMAN, P. (2015). *Alibaba´s World. How a remarkable chinese company is changing the face of global business*. MacMillan.

ESPINAR VICENTE, J. M., PAREDES PÉREZ, J. I. (2019). *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*. Dykinson.

ESTEVAN DE QUESADA, C. (2023) Los gigantes tecnológicos: regulación y derecho de la competencia. A., García Cruces, J. A. (dir.). *De Iure Mercatus : Libro homenaje al prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*. (1ª edición, pp. 639-664). Tirant lo Blanch.

ESTEVE, A. (2017). The business of personal data: Google, Facebook, and privacy issues in the EU and the USA. *International Data Privacy Law, 2017, Vol. 7, No. 1*. Oxford University Press. doi:10.1093/idpl/ipw026.

EVANS, D. *Two-Sided Market Definition (11 de noviembre de 2009)*. ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES, Forthcoming. https://ssrn.com/abstract=1396751

EUROPEAN LAW INSTITUTE. (2019). *Model Rules on Online Platforms*. Viena. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf

EUROPEAN LAW INSTITUTE (2016). *Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*. European Law Institute (ELI). https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf .

FARNSWORTH, E. A. (1983) The Restatement (Second) of Contracts. Jahrg, H. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, nº 47.* Editorial Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

FAUS PUJOL, M. (2024) *Práctico de obligaciones y contratos.* Vlex. https://app.vlex.com/vid/844409550 .

FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2021) Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework. E*uropean Review of Private Law*, vol. 29 Issue 3 (20210701), pp. 517-544. Doi: 10.54648/ERPL2021026.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2013) *El contrato electrónico.* J.M. Bosch editor.

FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, A. (2021) Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas. A. Martínez Nadal (dir.). *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (1ª edición, pp. 31-48). Thomson Reuters Aranzadi.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (2008). La "exceptio non adimpleti contractus". *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, ISSN 0423-4847, vol. 43, nº. 2, 1995, págs. 71-89.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2013) *La Contract Clause en la Constitución de los Estados Unidos*. R.E.D.S. nº. 2. Dykinson.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021) *El Derecho privado europeo en la transformación digital.* Thomson Reuters Aranzadi.

FERRER GUARDIOLA, J. A. (2021) Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil, ISSN 2341-2216, vol. 8, nº.. 4 (octubre-diciembre), 2021, págs. 161-226*. Notireg Hispania.

FERVERS. M. (2020). Article 13. Schulze, R., Staudenmayer, D (edit.). EU Digital Law. *Article by article commentary*. Hart. Beck. Nomos.

FLORES ANARTE, L. (2020). Facebook y el derecho a la propia imagen. Reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público,* ISSN 0423-4847, Vol. 68, Nº. 1, 2020, págs. 335-376. http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp335-376 .

GALICIA AIZPURÚA, G. (2020). Eficacia del contrato. IV El cumplimiento y el incumplimiento del contrato. Bercovitz Rodríguez-Cano, R, (dir.). *Tratado de Contratos, T. I, (*3ª edición, pp. 999-1212). Tirant lo Blanch.

GARCÍA MEXIA, P. & PERETE RAMIREZ, C. (2018). Internet y el Reglamento General de Protección de Datos. López Calvo, J. (coord.) *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos* (1ª edición, pp. 173-193). Wolters Kluber.

GARCÍA PÉREZ, R. M. (2020). Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales. *Cuadernos de derecho transnacional Vol. 12, Nº. 1, 2020, págs. 875-907*. Editorial Universidad Carlos III de Madrid: Área de Derecho Internacional Privado. DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5228.

GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M. (2023) *La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*. González Pacanowska, I, Plana Arnaldos, M. C., (coords). Contratación en el entorno digital. Aranzadi.

GARÍN ALEMANY, F. (2021) La contratación electrónica en la UE y en España. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. 487-524). Tirant lo Blanch

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2016) *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big data y de la computación ubicua*. Dykinson.

GARRO, A.M., PERALES VISCASILLAS, P. (2008). *Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AG)*. Anuario de Derecho Civil, Vol. 61. Nº. 3 2008, fasc. III. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado.

GAUDEMET-TALLON, H. & ANCEL, M-E. (2019). *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matieres civile e commerciale*. 6eme edition. LGDJ. Lextenso éditions.

GAYO RECIO, M. (2019) *El ejercicio de los derechos de protección de datos y su aplicación práctica*. Bosch-Wolters Kluber. Las Rozas.

GAYO RECIO, M. (2016) *Protección de datos personales e innovación: ¿(in)compatibles?* Reus.

GILI SALDAÑA, M. (2024). La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª ed, pp. 713-794). Aranzadi.

GLIHA, D. (2023). The digital content directive´s implication on the exercise of copyright and market competition. *InterEULawEast - Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations, 10(1)*, (pp. 21-44). doi: https://doi.org/10.22598/iele.2023.10.1.2 .

GOICOVICI, J. (2020). The traders' liability for lack of conformity of the digital content and of the digital services, as regulated by Directive (EU) 2019/770. *Analele Stiintifice Ale Universitati Alexandru Ioan Cuza Din Iasi Stiinte Juridice, 66 (Suplement Issue), 79-98*. https://ssrn.com/abstract=3785910 .

GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2024). La obligación del suministro de los contenidos o servicios digitales adquiridos y medidas correctoras por incumplimiento del suministro. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª ed, pp. 279-336). Aranzadi.

GÓMEZ POMAR, F. (2024). La conformidad en los contratos sobre contenidos y servicios digitales. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª ed, pp. 337-464). Aranzadi.

GÓMEZ VALENZUELA, E. (2022) *Ley aplicable a la perfección del contrato electrónico*. Colex.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A. (2020) *La evolución del comercio electrónico en la Unión Europea y en España*. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. 31-61). Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M. (2024) La condición de consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad. ¿Una cuestión ya resuelta tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2023, en el asunto YYY? *Revista de Derecho Mercantil, nº. 331/2024.* Thomson Reuters Aranzadi.

GRIGOLEIT, H.C. (2023) Digital Content Regulation as Building Blok of the Private Law Harmonisation. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, (edits*.) Harmonizing Digital Contract Law. The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook* (1st edition, pp. 729-738). Hart.Beck.Nomos.

GSELL, B., & ARALDI, R. (2020). 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. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 12(2), págs. 475-495*. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5617 .

GSELL, B. (2020). *Article 14.* SCHULZE, R. STAUDENMAYER, D (edit.). EU Digital Law. Article by article commentary. Hart. Beck. Nomos.

GRAMUNT FOMBUENA, M. (2019) *Contratación de consumo mediante plataformas digitales*. García González, G., Regina Redinha, M., Guimaraes, M. R, Sáenz de Jubera Higuro, B. (coords.) Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital. Dykinson,

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2017). *Introducción al Derecho Norteamericano*. EE Ediciones Experiencia.

GUERRERO PÉREZ, J. A. (2021) *La provisión de servicios en plataformas en la UE*. Castello Pastor, JJ, Guerrero Pérez, A. y Martínez Pérez, M. (directores) Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España. Tirant Lo Blanch.

GUZMÁN RODRÍGUEZ, H. E., DÍAZ SOBRINO, C. J. (2021) Marco legal del comercio electrónico en México. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. 757-791). Tirant lo Blanch.

HAANPERÄ, T. & DE MICHIEL, F. & ROCHA ABECASIS, P. (2021) *Digital ecosystem mergers: ¿a convenient lock-in?* Coopenhagen Economics. https://copenhageneconomics.com/insight/digital-ecosystem-mergers-a-convenient-lock-in/

HERRERÍAS CASTRO, L. (2022). Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567,* págs. 1010-1037. https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/04/42.-Laura-Herrerias-1010.1037.pdf.

HERREROS, S. (2019*) La regulación del comercio electrónico transfronterizo en los acuerdos comerciales. Algunas implicaciones de política para América Latina y el Caribe*. CEPAL. Organización de las NN.UU.

HIDALGO CEREZO, A. (2020) *Derecho digital en la Unión Europea. Techlaw y Mercado Único Digital en la Década 2010-2020.* Comares.

HOOFNAGLE, C. J. & WHITTINGTON, J. (2014) *Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular. Pric. 61 UCLA Law Review. 606*. Universidad de California.

HOOFNAGLE, C. J. (2005). *Privacy self-regulation: A decade of disappointment. Consumer Protection in the Age of the 'Information Economy'*. Jane K. Winn, J. K., ed. Ashgate.

IGUE, C, ALINSATO, A., AGADJIHOUÉDÉ, T. (2021) E-commerce in Africa: issues and challenges. *Adapting to the digital trade era: challenges and opportunities*, capítulo V (edición digital, pp. 118-139). Organización Mundial del Comercio.

IZQUIERDO GRAU, G. (2024) *El nuevo régimen de la conformidad de los bienes. La Directiva (UE) 2019. La Directiva (UE) 2019/771 y su transposición al ordenamiento jurídico español*. Tirant lo Blanch. https://ebooks.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411977258 .

JOHNSON, D. POST. D. (1996). Law and Borders - The rise of law in Cyberspace. *Stanford Law Review. Vol. 48, nº 5.* Stanford University, Stanford. https://doi.org/10.5210/fm.v1i1.468.

KELLER B. (2008), Favor contractus. Reading CGSI in favour of the contract. ANDERSEN, C, SCHOETER, U. (edits). *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the occasion of his eightieth birthday* (1st edition, pp. 247-266). Wildy, Simmonds & Hill Publishing, https://cisg-online.org/files/commentFiles/Keller_Favor_contractus_FS_Kritzer_2008_247.pdf .

KHAN, L. M. (2019). The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review, Vol. 119, nº. 4, mayo 2019.* Editorial Columbia Law Review Association Inc.

KREBS, J. H. (2018) *Online contracting and the supply of digital content to consumers.* Tesis doctoral, Universidad de Swansea. http://cronfa.swan.ac.uk/Record/cronfa38915 .

KREBS, J. H. (2017). Twixt cup and lip: liability of traders under consumer contracts for digital content damages in transit. *Journal of Business Law, 2017*. Sweet & Maxwell. https://pure.port.ac.uk/ws/portalfiles/portal/7497053/Trader_Liability_for_Damage_to_Digital_Content_in_Transit_post_print_final.pdf .

LAZARI, A. (2024). La protección de los derechos digitales. Una cuestión identitaria europea. *Cuadernos de derecho transnacional (marzo 2024), Vol. 16, Nº 1, págs. 295-318.* Universidad Carlos III de Madrid. https://doi.org/10.20318/cdt.2024.8425 .

LAROCCA, S. (2017). Revocación del consentimiento contractual para el tratamiento de datos y el derecho al olvido. L. B. Pérez Gallardo, (coord.) *Contratación electrónica y protección de los consumidores -una visión panorámica-.* (1ª ed. pp. 51-74). Reus.

LASARTE, C. (2014) *Compendio de derecho de la persona y del patrimonio* (4ª edición). Dykinson.

LINACERO DE LA FUENTE, M. A. (2024). La obligación: concepto. Linacero de la Fuente, M. A., Jiménez París, T. (dirs.). *Tratado de obligaciones y contratos. Volumen I*. Tirant Lo Blanch.

LLANEZA, P. (2018) La adaptación de los consentimientos tácitos y presuntos: el uso del interés legítimo. López Calvo, J. (coord.) *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Wolters Kluber.

LODDER, A. R., MURRAY, A. D. (2017) *EU Regulation of E-Commerce*. Edward Elgar Publishing.

LOOS, M. (2021). The (proposed) transposition of the Digital Content Directive in The Netherlands*. Vol. 12 No. 2 (2021). JIPITEC, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, 229 para 1.* https://www.jipitec.eu/jipitec/article/view/310/303 .

MADRID PARRA, A. (2019) Desarrollo del comercio electrónico en el mundo. El papel de la CNUDMI/UNCITRAL. Pasado, presente y futuro. P. Castaños Castro, J. A. Castillo Parrilla (dirs), A. M. Pastor García, I. L. Martens Jiménez (coords.). *El Mercado Digital en la Unión Europea* (1ª edición, pp. 27-70). Reus.

MAGGS, G. E. (2002) Regulating Electronic Commerce. *The American Journal of Comparative Law, otoño 2002, Vol. 50*. Oxford University Press.

MALATY, E., ROSTAMA, G. (2017). La impresión en 3D y el Derecho de propiedad intelectual*. OMPI Revista, nº 1/2017*. Organización Mundial de Propiedad Intelectual.
https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/01/article_0006.html

MALAWER, S. (2001) Global Governance of E-commerce and Internet Trade: Recent Developments. Virginia Lawyers. Vol. 14. https://ssrn.com/abstract=1169702.

MANTROV, V., KĀRKLIŅŠ, J., BARKĀNE, I., DĀVIDA, Z., KĀRKLIS, S., SILIONOVS, K. (2022) Deviation from Objective Requirements for Conformity with a Contract of Digital Content or Digital Service: The Assessment of Its Use*. Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law 13 (2022) 3, págs. 323-338*. http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-55639

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009) *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato*. Tratado de Contratos, T.I Bercovitz Rodríguez-Cano, R, (dir). Tirant lo Blanch

MARKOU, C. (2017) *Directive 2011/83/EU on consumers rights*. Looder, Arno R., Murray, Andrew D. (edit.). EU Regulation of e-Commerce. Edward Elgar Publishing.

MARTINEZ, R. (1 de junio de 2018). *¿Consentimiento o contrato? LOPD y Seguridad*. http://lopdyseguridad.es/consentimiento-o-contrato/. Verificado el 30 de septiembre de 2024.

MARTÍNEZ ALBA, F. (2021) *La transformación digital del dato: nuevos usos y nuevos métodos*. PEREA ORTEGA, R. *et alii*. Estudios sobre Derecho Digital. Editorial Aranzadi.

MARTÍNEZ MATA, Y. (2021). *Poder de mercado y economía colaborativa: dificultades de enforcement desde una perspectiva regulatoria.* ARROYO AMARUELAS, E. (2021). *El Derecho de las plataformas en la Unión* Europea. Arroyo Amaruelas, E., Martínez Mata, Y., Rodriguez Font, M, Tarrés Vives, M. en el comercio electrónico de la Unión Servicios en plataforma: estrategias regulatorias (Ser. Derecho de los servicios públicos y de la regulación). Marcial Pons.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., SANCHO LÓPEZ, M. (2018). El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App? *Indret Revista para el Análisis del Derecho. Nº3 - 2024* - ISSN 1698-739X

MARTÍNEZ MARTINEZ, R. (1 de julio de 2018). *¿Consentimiento o contrato?,* en http://lopdyseguridad.es/consentimiento-o-contrato/ .

MARTÍNEZ NADAL, A. (2021). *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi.

MARTÍNEZ NADAL, A., FERRER-GOMILA, J.L. (2002). Comments to the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures. Chan A.H., Gligor V. (edits.) *Information Security. ISC 2002. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 2433, págs 229–243. Springer. https://doi.org/10.1007/3-540-45811-5_18.

MARTINEZ NADAL, A. (2000) *La ley de firma electrónica*. Civitas.

MARTOS DÍAZ, N. (2018). Principios (arts. 6-11). J. López Calvo, J. Amérigo Alonso (coords.) *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos* (1ª edición, pp. 353-362). Wolters Kluber.

MATEU DE ROS, R. (2000). *E*l consentimiento y el proceso de contratación electrónica. R. Mateu de Ros, J. M. Cendoya Méndez de Vigo. (coords). *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital* (1ª edición, pp. 29-84). Aranzadi.

MEKKI, M. (2019) Intelligence Artificial et contrats. A. Bensamoun, G. Loiseau. *Droit de l´Intelligence Artificiel* (2eme edition, pp. 155-196). ELGC-Lextenso.

MERCADO KIERKEGAARD. S. (14 de febrero de 2007). *E*-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives, *3 Shidler J. L. Com. & Tech. 12 (Feb. 14, 2007)*. https://www.researchgate.net/publication/228199208_E-Contract_Formation_US_And_EU_Perspectives/citation/download

MERCHAN MURILLO, A. (2021) Ley aplicable en caso de responsabilidad de plataformas digitales. A. Martínez Nadal (dir.). *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (1ª edición, pp. 483-500). Thomson Reuters Aranzadi.

METZGER, A. (2020). A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services. S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (eds.). *Data as Counter-Performance - Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V* (1st edition, pp-23.46). Nomos.

METZGER, A. (2019). A market model for Personal data: State of Play under the new Directive on Digital Content and Digital Services. *Working Paper No. 8 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation (2019)*. Universidad Humbold de Berlín. https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/rdt/pub/working-paper-no-8 .

METZGER, A., EFRONI, Z., MISCHAU, L., METZGER, J., (2018). Data-related aspects of the digital content Directive. *Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law 9 (2018)* 1, págs. 90-109. https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-9-1-2018/4682 .

METZGER, A. (2017). Data as counter-performance what rights and duties do parties have? *8 (2017). JIPITEC 2 para 1.* https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-8-1-2017/4528/jipitec_8_1_2017_metzger_data%20as%20counter-performance.pdf.

MILÀ RAFEL, R. (2024). Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª edición, pp. 591-712). Aranzadi.

MORAIS CARVALHO, J. (2023). *Portugal*. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, (edits.) *Harmonizing Digital Contract Law. The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook* (1st edition, pp. 527-540). Hart. Berk. Nomos.

MORAIS CARVALHO (2020). Contratos de compraventa de bienes (Directiva 771/2019) y suministro de contenidos y servicios digitales (Directiva 770/2019) – Ámbito de aplicación y grado de armonización. *Cuadernos de Derecho transnacional (marzo 2020). Vol. 12 n. 1, págs. 930-940*. Universidad Carlos III de Madrid. www.uc3m.es/cdt .

MORALES MORENO, A-M. (2024) El contrato y sus requisitos en la Propuesta de modernización del Código Civil de 2023: el objeto y la causa. *Revista de Derecho Civil, vol. XI, núm. 4 extraordinario (noviembre, 2024). Estudios, pp. 97-137.* Notireg Hispania.

MORENO BELLOSO, N., PETIT, N. (2023) The EU Digital Markets Act (DMA). A Competition Hand in a Regulatory Glove. *48 European Law Review 391.* https://ssrn.com/abstract=4411743 .

MOZINA, D. (2020). Articles 20 - 24. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 321-336). Hart. Beck. Nomos.

NAVAS NAVARRO, S. (2022) Responsabilidad civil e inteligencia artificial. *Revista El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Año 2022, número 100 (Septiembre-Octubre)*. Iustel.

NAVAS NAVARRO, S. (2017) *Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones.* Navas Navarro, S. (dir.) Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho. Tirant lo Blanch.

NEWLANDS, G., LUTX, C., TAMÒ-LARRIEUX, A., VILLARONGA, E.F., HARASGAMA R., SCHEITLING, G (2020). *Innovation under pressure: Implications for data privacy during the Covid-19 pandemic*. Big Data & Society, 7(2). https://doi.org/10.1177/2053951720976680.

OECD (2020). *Some Economics of Digital Ecosystems – Note by Marc Bourreau*. Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales del Comité de Competitividad. 13 de noviembre de 2020. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf .

OECD (2019) *Unpacking eCommerce. Bussiness trends, models and policies*. OEDC Publishing. https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/unpacking-e-commerce_23561431-en#page83

OMC (1998). *Programa de Trabajo sobre el Comercio electrónico adoptado por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio el 25 de septiembre de 1998*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

OPRYSK, L. (2021). Digital Consumer Contract Law without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition. *GRUR International, Volume 70, Issue 10, October 2021, págs. 943–956,* https://doi.org/10.1093/grurint/ikab058 .

O´REILLY, T. (2005) What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software. https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html

PAREDEZ PÉREZ, J. I. (2021) Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales B2C: problemas de calificación y tribunales competentes. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 41, junio 2021.* DOI: 10.17103/reei.41.03.http://www.reei.org/index.php/revista/num41/articulos/contratos-suministro-contenidos-servicios-digitales-b2c-problemas-calificacion-tribunales-competentes .

PAREDES PÉREZ, J. I. (2021 b). *Las obligaciones de información de los proveedores de servicios de contratación de bienes o servicios por vía electrónica*. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. 62-185). Tirant lo Blanch.

PAREDES PÉREZ, J. I. (2018). Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), núm. 35, 2018.* https://doi.org/10.17103/reei.35.10.

PARLAMENTO EUROPEO. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES DE LA UNIÓN, FAUVARQUE-COSSON (2016). *The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. Workshop for the JURI Committee.* Oficina de Publicaciones. https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/233498/pe_536.495_en_all__for_print.pdf

PARLAMENTO EUROPEO. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES DE LA UNIÓN, SCHMIDT-KESSEL, M. (2011). *The application of the consumer rights Directive to digital content: In-depth analysis.* Oficina de publicaciones. https://data.europa.eu/doi/10.2861/32842.

PARLAMENTO EUROPEO. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES DE LA UNIÓN, MAK, V. (2016). *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content : in-depth analysis,* Oficina de Publicaciones. https://data.europa.eu/doi/10.2861/277682

PAZ-AREZ, C. (2000). *El comercio electrónico (una breve reflexión de política legislativa)*. MATERU DE ROS, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M. (coordinadores). Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital. Aranzadi.

PERALES DOMINIQUE, N. (2021) *Fundamentos económicos de la transformación digital*. PEREA ORTEGA, R. et alIi. Estudios sobre Derecho Digital. Editorial Aranzadi.

PEREA ORTEGA, R. (2021) *Hacia una transformación digital europea: una aproximación a la configuración del futuro digital de Europa*. PEREA ORTEGA, R. *et alii* PEREA ORTEGA, R. *et alii*. Estudios sobre Derecho Digital. Aranzadi.

PÉREZ DE LAS HERAS, B. (2020). Hacia el Mercado Único Digital en la Unión Europea: retos y potencialidades para los entes subestatales. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía. Año 2020, Número 98*. Edita: Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

PEREZ VERA, E. (2023) El Derecho Internacional Privado y la Unión Europea. C. Escobar Hernández (coord.) *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (1ª edición, pp. 174-188). BOE, Univ. Cantabria.

PERNOT-LEPLAY, E. (2020) China's Approach on Data Privacy Law: A Third Way Between the U.S. and the E.U.? *Penn State Journal of Law and International Affaires, (Mayo 2020). Vol. 8, issue 1., p. 49.* Penn State's School of Law and School of International Affairs. https://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol8/iss1/6

PERTINEZ VILCHEZ, F., GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA J. J. (2020). Los contratos de adhesión y la contratación electrónica. Bercovitz Rodríguez-Cano, R, (dir). *Tratado de Contratos, T.II,* (3ª edición, pp. 1949-2173). Tirant lo Blanch.

PILOÑETA ALONSO, L. M. (2020) *Contratos mercantiles.* Tirant lo Blanch.

PIÑAR MAÑAS. J. L. (2010) *¿Existe privacidad? Protección de Datos Personales*. Compendio de lecturas y legislación. Colección INAI. Editorial Tiro Corto.

PLAZA PENADES, J. (2021). Los contratos informáticos y electrónicos. De Berda y Beamonte, J. R (dir.) Atienza Navarro, M. L. (cont.). *Derecho civil II: obligaciones y contratos*. (1ª edición, pp. 553-568). Tirant lo Blanch.

PRATS Y ALBENTOSA, L. (2016). Comercio electrónico europeo de bienes y contenidos, digitales: mayor armonización de los derechos de los consumidores y de los deberes de los oferentes. *Diario La Ley nº 8703, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2016, Ref. D-69*, Editorial LA LEY.

PUERTO MENDOZA, A. (2019) *Derecho digital. Fundamentos básicos*. Ediciones CEF.

QUICIOS MOLINA, S. (2020). La ineficacia contractual. Bercovitz Rodríguez-Cano, R, (dir). *Tratado de Contratos, T. I*, (3ª edición, pp. 1523-1787). Tirant lo Blanch.

REBOLLO DELGADO, L. & ZAPATERO MARTÍN, M. P. (2019). *Derechos digitales*. Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

REMOLINA ANGARITA, N. (2006) Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, ISSN-e 1909-7786, Nº. 2, 2006*. Universidad de Los Andes. Pág. 323-370.

RIBERO YSERN, J. L. (2015). *El contrato administrativo de suministro.* Colección Derecho Instituto García Oviedo, nº. 6. UEUS. Universidad de Sevilla.

RIBSTEIN, L. E. y KOBOYASHI, B. H. (2002) *State regulation of Electronic commerce*. 51 Emory Law Journal, 1. Emory University. (EE.UU).

RICHTER, S. (2021). Supply of digital content and services –new legal concepts marred with old practical problems. *Teises Apzvalga Law Review, nº 2-24* (2021), págs. 3-19. https://doi.org/10.7220/2029-4239.24.1

ROBERT, R. & SMIT, L. (2018). The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law. *ERA Forum 19,* pp. 59–177. https://doi.org/10.1007/s12027-018-0506-7. /s12027-018-0506-7.

ROBLES FARIAS, D. (2021). *Derecho Contractual Internacional*. Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (2018). Servicios de confianza en materia de transacciones electrónicas. El nuevo reglamento europeo 910/2014. L. B. Pérez Gallardo, (coord.) *Contratación electrónica y protección de los consumidores -una visión panorámica-.* (1ª ed. pp. 133-162). Reus.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2024) La responsabilidad de las plataformas. Moreno Pascual, J. J. (coord..). *La regulación de los servicios digitales: curso de derecho digital* (1ª edición, pp. 51-76). Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2021*)* Las Plataformas nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. ISSN 1575-8427, Nº. Extra 2, 2021* (Ejemplar dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo II. Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado / coord. por Beatriz Gregoraci Fernández, B., Velasco Caballero, F. (pp. 403-417405). Universidad Autónoma de Madrid.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2019) La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un Mercado Único Digital en la Unión Europea. P. Castaños Castro, J. A. Castillo Parrilla (dirs), A. M. Pastor García, I. L. Martens Jiménez (coords.). *El Mercado Digital en la Unión Europea* (1ª edición, pp. 93-128). Reus.

R0IG, A. (2020). *Las Garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*. J.M. Bosch Editor.

ROSELLÓ, F. M. (2017). Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales. *Revista de Derecho Mercantil nº. 303/2017. ISSN 0210-0797, pp. 163-190*. Civitas.

ROSENKRANZ. F. (2020). Articles 9 & 10. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 168-199). Hart. Beck. Nomos.

RÖSLER, H. (2012). *Fundamentos del derecho del consumidor en la Unión Europea*. IUS ET VERITAS, 22(44), 184-198. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12029 .

RUBIO GIMENO, G. (2019) Heterogeneidad de relaciones contractuales y responsabilidad de la plataforma digital. En García González, Redinha, M. R., Sáenz de Juebera Higuero, B, Arroyo Abad, C. *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*. (1ª edición, pp. 217-238). Dykinson.

SÁNCHEZ ARISTI, R. (2024). Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y derechos de propiedad intelectual. F. Gómez Pomar, I. Fernández Chacón, I. (dirs.) *El nuevo derecho digital I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (1ª ed, pp. 465-510). Aranzadi.

SÁNCHEZ DEL CAMPO RAMONET, A. (2018). *Inteligencia artificial y privacidad*. López Calvo, J., Amérigo Alonso, J. (coords.). El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos. Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ LERÍA, R. (2021) Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho, nº. 4, 2021,* https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.02 .

SÁNCHEZ LERÍA, R. (2018) 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 nº. 45/2018. Aranzadi.*

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2013) *De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea*. Forner i Delaygua, J. J. González Beilfuss, C., Viñas Farré, R. (coords.). Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás. Marcial Pons.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2010) Choice of Law and Overridding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I. Yearbook of Private International Law, Volume 12 (2010), págs. 67-91. Sellier european law publisher. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/36676/SanchezLorenzo_MandatoryRules.pdf?sequence=6

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2011). La unificación del derecho privado en Europa. *Revista de estudios jurídicos, Nº 11, 2011, págs. 21-32*. Universidad de Jaén. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/36675/LA%20UNIFICACI%C3%93N%20DEL%20DERECHO%20PRIVADO%20EN%20EUROPA.pdf.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2001). *Las nuevas normas de competencia judicial internacional del Reglamento "Bruselas I"*. Anales de la Facultad de Derecho, nº, 18; noviembre 2001, pp. 177-199. Universidad de La Laguna.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014) *«Incumplimiento esencial» versus «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria». Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. Comentario a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013, rec. 2150/2011*. *Diario La Ley ISSN 1989-6913, nº. 8318*. Wolters-Kluwer.

SARMIENTO, D. (2022). *El Derecho de la Unión Europea*, 4º edición. Marcial Pons.

SÉNÉCHAL, J. (2021). *The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France*. Journal of European Consumer and Market Law. . Volume 10, Issue 6/2021, pp. 266 – 266.

SÉNÉCHAL, J. (2020). *Article 2.* R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 42-57). Hart. Beck. Nomos.

SÉNÉCHAL, J. (2016). The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Service s — A double Challenge for European and National Contract Law. 5, *Journal of European Consumer and Market Law, Issue 1, pp. 39-44*, https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/5.1/EuCML2016009 .

SHAH, P. A. (2000). The Uniform Computer Information Transactions Act. *Berkeley Technology Law Journal, vol. 15, nº. 1, Annual Review of Law and Technology.* University of California, Berkeley, School of Law.

SCHULZE, R. & STAUDENMAYER, D. (2020). *EU Digital Law. Article by article commentary*. Hart. Beck. Nomos.

SHULZE, R. (2022). The German Civil Code on its Way into the Digital Age, 11, *Journal of European Consumer and Market Law, Issue 5, págs. 192-196,* https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/11.5/EuCML2022032 .

SHULZE, R. (2020). *Article 3.* R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 57-91). Hart. Beck. Nomos.

SHULZE, R., STAUDENMAYER, D. (2020). Introduction. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 1-32). Hart. Beck. Nomos.

SCHULZE, R. (2019). Germany. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, (edits.) *Harmonizing Digital Contract Law. The impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms. A Handbook* (1st edition, pp. 273-300). Hart. Berk. Nomos.

SCHULZE, R. (2018). *La protección de los consumidores en la contratación digital*. Conferencia pronunciada el 24 de mayo de 2018 en la Academia Matritense del Notariado. http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/tomos_academia/058-18-dig-anales_58-14-reiner_schulze.pdf.

SHULZE, R. (2006). *Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo*. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 59, Nº 1, 2006, págs. 29-58. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3476/3476 .

SIERRA NOGUERO, E. (2020). *Esquemas de derecho de los contratos mercantiles*. Tirant lo Blanch.

SIMONA, L. (2018). Personal data in exchange for digital content and digital services: Directive 2019/770/UE. *European Journal of Privacy Law and Technologies. 2024/1,* Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoles, pág. 3.

SOLER PRESAS, A. (2011) Am I in Facebook? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2011, págs. 2-44*. https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/247093/330975

SOY, C., WHINSTON, A. (2000). *The future of the Digital Economy*. Shaw, M., Blanning, R., Strader, T., Whinston A. (edit.). Handbook on Electronic Commerce. Springer.

SPINDLER, G. (2016). Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva sobre 9.12.2015. *InDret Revista para el análisis del Derecho , 3 (1).* http://www.indret.com/pdf/1243.pdf

STAUDENMAYER, D (2020). *Articles 6, 7 & 8*. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 107-168). Hart. Beck. Nomos.

STAUDENMAYER, D. (2019). *Les directives européennes sur les contrats numériques*. Revue des Contracts, n°. 04, Págs. 125-142. Lextenso.

STORSKRUBB, E. (2021) *Civil Justice extending its tentacles*. Caraig, P, De Búrca, G (edts.) The evolution of EU Law. 3ª ·Edición. Oxford University Press

SZWAK, D. A. (2002). Uniform Computer Information Transactions Act [U.C.I.T.A.]: The Consumer's Perspective. *Louisiana Law Review, vol. 63, nº 1*. https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss1/5/

TALIN, B. (4 de diciembre de 2023). *¿Qué es un ecosistema digital? – Comprender el modelo de negocio más rentable. MoreThanDigital*. https://morethandigital.info/es/que-es-un-ecosistema-digital-comprender-el-modelo-de-negocio-mas-rentable/.

TANAKA, H, KANAMARU, Y, TAKAMIYAM Y, YIOSHIDA, M. (2021). *El comercio electrónico en Japón*. J. J. Castelló Pastor, A. Guerrero Pérez, M. Martínez Pérez, M. (dirs.). *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España: incluye un resumen del marco legal en EE.UU., Japón, Brasil y México* (1ª edición, pp. . 718-734). Tirant lo Blanch.

TAPIA HERMIDA, A. J. (2022) *La nueva normativa de consumo en España y en la Unión Europea.* Reus

TAPIA RODRÍGUEZ, M. (2018). Medios electrónicos: formación del contrato y protección de la intimidad del consumidor en Chile. L. B. Pérez Gallardo, (coord.) *Contratación electrónica y protección de los consumidores -una visión panorámica-*. (1ª ed. pp. 75-10). Reus.

TASSABEHJI, R. (2003) *Applying e-Commerce in Business*. Sage Publications. London.

THIBODEAU. P. (9 de junio de 2003) *Anti-UCITA Legal Measures Outnumber State Adoptions Software licensing act stalls; backers continue struggle*. Publicado en Computerworld, edición EE.UU. https://www.computerworld.com/article/2569798/anti-ucita-legal-measures-outnumber-state-adoptions.html

THURLOW, H. (2001), Electronic contracts in the United States and the European Unión: Varying Approaches to the Elimination of Paper and Pen. *Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 5.3. Noviembre 2001*. www.ejcl.org

TIGERE PITTET, F. (2023) *Designing AfCFTA E-Commerce Regulations for Africa's Development*. Policy Breafing 276, julio 2023 The South African Institute of International Affairs (SAIIA). https://saiia.org.za/wp-content/uploads/2023/08/SAIIA_PB_276_DesigningAfCFTAECommerce.pdf .

TRUJILLLO JIMÉNEZ, A (2022). Reglamento (UE) 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, Relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. *Crónica de Legislación (enero-junio 2022) Mercantil. Ars Iuris Salmanticensis, vol. 10. Diciembre 2022, págs.. 179-184.* Ediciones Universidad de Salamanca.

TUR FAÚNDEZ, C. (2018). *Derecho de las nuevas tecnologías*. Reus.

TWIGG-FLESNER, C (2020). Articles 16, 17 & 18. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 278-316). Hart. Beck. Nomos.

VALERA CASTRO, I. (2023). *Riesgo en la compraventa. Cumplimiento e incumplimiento.* Boletín Oficial del Estado.

VAN LIESHOUYT, M. (2016) *Privacy and Innovation: From Disruption to Opportunities*. S. Gutwirth, R. Leenes, P. Herti (edits.), *Data Protection on the Move*. *Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection Law* (1st edition, pp. 195-212). Springer

VEGA VEGA, J. A. (2018). *Reflexiones sobre la electronificación de las instituciones mercantiles: hacia una reconstrucción de la teoría jurídica*. A. Madrid Parra (dir.), M. J. Blanco Sánchez, (coord..). *Derecho Mercantil y Tecnología* (1ª ed, pp. 53-88). Thomson Reuters Aranzadi.

WARREN, S. D. & BRANLEIS, L. D. (15 de diciembre de 1890), The Right to Privacy. *Harvard Law Review, Vol IV, nº. 5*.

GAB, W., YE, Z., WAN, S., YU, P. S. (2023). *Web 3.0: The future of internet*. arXiv.org. https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www.proquest.com/working-papers/web-3-0-future-internet/docview/2801014376/se-2

WESTIN, A. F. (6 de junio de 1966) Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's. Part I--The Current Impact of Surveillance on Privacy. *Columbia Law Review, Vol. 66, Nº. 6. Págs. 1003-1050*. Editorial Columbia Law Review Association, Inc. https://doi.org/10.2307/1120997

WENDLAND, M. (2020). Article 19. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 316-321). Hart. Beck. Nomos.

WIŚNIEWSKA, K., & PAŁKA, P. (2023). The impact of the digital content directive on online platforms' terms of service. *Yearbook of European Law, 42, págs. 388-406*. doi: https://doi.org/10.1093/yel/yead004 .

ZDRAVEVA, N. (2021) Digital content contracts and consumer protection: status quo and ways further. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, 5(1), págs. 398-421*. doi: https://doi.org/10.25234/eclic/18313.

ZOLL. F. (2020). Articles 11 & 12. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (edit.). *EU Digital Law. Article by article commentary* (1st edition, pp. 199-221). Hart. Beck. Nomos.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

CAPÍTULO I

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland UC*, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, apdos. 37 y 40.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS*, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221.

Sentencia del Tribunal General de la UE de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet/Comisión (Google Android)*. T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541.

Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, BOE nº. 83, de 26.03.2020, ECLI:ES:TC:2020:27.

CAPÍTULO II

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1976, *Tessili*, 12/76, ECLI:EU:C:1976:133.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de noviembre de 2003, **Lindqvist**, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:740:78.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2013, *UPC Nederland*, C-518/11, EU:C:2013:709.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, *UPC DT*H, C-475/12, EU:C:2014:285.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo Co. Ltd,* C-24/16, ECLI:EU:C:2017:724

Sentencia TJUE de 24 de octubre de 2024, Kwantum, C-227/23, ECLI:EU:C:2024:914.

Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006. *SGAE contra Rafael Hoteles,* C-306/05. ECLI:EU:C:2006:764, apdo. 42.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2022, *RTL Televisión GmbH y Grupo Pestana*, C-716/20, ECLI:EU:C:2022:643.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2019, *Google LLC y Bundesrepublik Deutschland*, C-193/18, ECLI:EU:C:2019:498

Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, *Google LCC y Alphabet. Inc*., T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763

Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2013, *Valve Corporation/Comisión*, T-172/21, ECLI:EU:T:2023:587.

Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 11 de enero de 2024, en los asuntos C-662/22 a C-667/22, *Airbnb Ireland UC, Expedia Inc., Google Ireland Limited, Amazon Services Europe Sàrl, y Eg Vacation Rentals Ireland Limited contra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,* ECLI:EU:C:2024:18.

Conclusiones del Abogado General A. Collins, presentadas el 9 de junio de 2022, C-243/21, *TOYA*, ECLI:EU:C:2022:455.

Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 30 de abril de 2019, en el asunto C-390/18, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:336.

Sentencia del Tribunal General el 17 de julio de 2024, *Bitedance Ltd./Comisión Europea,* T-1077/23, ECLI:EU:T:2024:478.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, *Google LCC y Alphabet, Inc/Comisión*, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726.

Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2005, *Johann Gruber contra Bay Wa AG*, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, apdos. 39, 42, 45 y 46.

Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, apdos. 68 y 69.

Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023, *YYY (Notion de consommateur)*, C-570/21, ECLI:EU:TJ:2023:456.

Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023, *Lyoness Europe*, C-455/21, ECLI:EU:TJ:2023:455.

Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2023; *Meta Plartforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH y Bundeskartellamt*, C-252/21, EU:C:2024:834.

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024 *Maximilian Schrems y Meta Platforms Ireland Ltd*, C-446/21, EU:C: 2023:537.

Sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2022, *Louboutin¸* C-148/21 y C-184/21, ECLI:EU:C:2022:1016.

Capítulo III

Sentencia TJUE de 5 de octubre de 2023, *Verein für Konsumenteninformation y Sofatutor GmbH* C-565/22, EU:C:2023:735, apdos. 38, y 44.

Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2024, *VT. UR y Conny GmbH*, C-400/22, ECLI:EU:C:2024:436, apdo. 40.

Sentencia del TJUE de 17 de mayo de 1994, *Francia/Comisión*, C-41/93, Rec, EU:C:1994:196, apdo. 22.

Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209, apdos. 28 a 30.

Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020, *EU y PE Digital GmbH*, C-641/19, ECLI:EU:C:2020:808.

Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023, *YYY (Notion de consommateur)*, C-570/21, ECLI:EU:C:2023:456, apdo. 53.

Sentencia del TJUE de 9 de agosto de 1994, *Alemania/Consejo*, C-359/92, Rec, EU:C:1994:306, apdo. 22

Sentencia del TG de 15 de julio de 2015, *CSF Srl contra Comisión Europea*, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, apdo. 25.

Sentencia TJUE de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros,* C-58/08, EU:C:2010:321, apdo. 32.

Dictamen del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021 a petición del Parlamento Europeo, sobre el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul). Dictamen 1/19. ECLI:EU:C:2021:198.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2020, *Polonia/Parlamento*, C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000.

Conclusiones del Abogado General M Szpunar, presentadas el 18 de mayo de 2017 en los asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort contra X BV*, ECLI:EU:C:2017:397, apdo. 132.

Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 11 de enero de 2024, en los asuntos C-662/22 a C-667/22 acumulados, *Airbnb Ireland UC, Expedia Inc., Google Ireland Limited, Amazon Services Europe Sàrl, y Eg Vacation Rentals Ireland Limited contra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, ECLI:EU:C:2024:18

Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2024, *Airbnb Ireland UC, Expedia Inc., Google Ireland Limited, Amazon Services Europe Sàrl, y Eg Vacation Rentals Ireland Limited contra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, C-622/22 y C-667/22 acumulados, ECLI:EU:C:2024:432.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2024, *VT. UR y Conny GmbH*, C-400/22, ECLI:EU:C:2024:436, apdo. 40.

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de julio de 2015, *CSF Srl/Comisión*, T-337/13, ECLI:EU:T:2015:502, apdo. 25.

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, C-105/17, EU:C:2018:808, apdos. 28 y 29.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2016, *Whatelet/ Garage Bietheres & Fils SPRL*. C-145/15. ECLI:EU:C:2016:840. Apdo. 45.

Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, *Tiketa UAB contra M. Š.*, C-566/20, ECLI:EU:C:2022:112, apdo. 25.

Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2023, *Wurth Automotive*, C-177/22, ECLI:EU:C:2023:185. apdos. 22 y 23 y jurisprudencia citada.

Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37, apdo. 29 y jurisprudencia citada.

Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2022, *S.V. OOD*., C-485/21, ECLI:EU:C:2022:839, apdo. 25.

Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea*, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, apdo. 30.

Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Petruchová*, C-208/18, ECLI:EU:C:2019:825, apdo. 78.

Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2019, *Pouvin y Dijoux*, C-590/17, ECLI:EU:C:2019:232, apdo. 43.

Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1993, as. C-89/91 *Shearson Lehman Hutton,* ECLI:EU:C:1993:15, apdos. 20 y 22.

Sentencia TJUE de 21 de mayo de 1985, *Comisión/R. F. de Alemania*, C-248/83, ECLI:EU:C:1985:214, apdo. 49.

Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, *Comisión/Irlanda*, C-550/18, EU:C:2020:564, apartado 31 y jurisprudencia citada.

Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2001, *Comisión/Italia*, C-49/00, ECLI:EU:C:2001:611, apdo. 21, y jurisprudencia citada.

Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 1971, 51/71 a 54/71, Rec. p. 1107, apdo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2005, de 15 de diciembre. BOE nº 10, de 12 de enero de 2006, ECLI:ES:TC:2005:329.

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012, de 13 de enero. BOE nº. 36, de 11 de febrero de 2012. ECLI:ES:TC:2012:1, F.J. 9.

Capítulo IV

Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024, *Caixabank*, C-450/22, ECLI:EU:C:2024:577, apdo. 50.

Sentencia TJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrich*, C-92/11, EU:C:2013:180, apdo. 50.

Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Porsche Inter Auto y Volkswagen*, C-145/20, ECLI:EU:C:2022:57, apdo. 93, y jurisprudencia citada.

Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Weber/Putz*, asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, apdo. 58.

Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2008, *Quelle*, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, apdo. 41.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2019, *Amazon*, C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576, apdo. 52.

Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2011, *Gebr. Weber y Putz*, C- 65/09 y C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, apdo. 46 y jurisprudencia citada.

Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, *Caixabank (Prescription de remboursement des frais hypothécaires)*, C-810/21 y C-813/21 (asuntos acumulados), ECLI:EU:C:2024:81, apdo. 43.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 291/2021, de 11 de mayo de 2021, ES:TS:2021:1634.

Capítulo V

Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.

Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981.

Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, apdos. 52 a 57.

Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France SARL y Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL contra Viaticum SA y Luteciel SARL* (C-237/08) y *Google France SARL contra Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL y otros* (C-238/08), ECLI:EU:C:2010:159.

Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:740:78.

Sentencia TJUE de 10 de julio de 2019, *Amazon EU*, C-649/17, EU:C:2019:576, apdo. 43

Sentencia TJUE de 25 de junio de 2020, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG*, C-380/19, ECLI:EU:C:2020:498, apdo. 36.

Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, C-439/19, EU:C:2021:504, apdo. 98.

Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2023; *Meta Plartforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH y Bundeskartellamt*, C-252/21, EU:C:2024:834

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024 *Maximilian Schrems y Meta Platforms Ireland Ltd*, C-446/21, EU:C: 2023:537.

STJUE de 11 de junio de 2002, C-96/00, *Gabriel*, EU:C:2002:436, apdo. 49.

Sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF*, C-487/21, EU:C:2023:369, apartado 23 y jurisprudencia citada

Sentencia del TJUE de e 20 de diciembre de 2017, *Nowak*, C-434/16, EU:C:2017:994, apartado 35.

Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2023, *Nacionalinis visuomenės sveikatos centras*, C-683/21, EU:C:2023:949, apartado 58.

Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *František Ryneš y Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428, apdo. 22.

Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, *Peter Nowak y Data Protection Commissioner*, C-464/16, ECLI:EU:C:2017:994, apdo. 62.

Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, *Worten*, C-432/12, ECLI:EU:C:2013:355, apdo. 22.

Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023, *Gesamtverband Autoteile-Handel eV y Scania CV AB*, C--319/23, ECLI:EU:C:2023:837, apdo. 48.

Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016, *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, apartado 49.

Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2024, *IAB Europe y Gegevensbeschermingsautoriteit*, C-604/22, ECLI:EU:C:2024:214, apdo. 51.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. BOE nº. 4, de 4 de enero de 2001.

Sentencias del TS de 18 de noviembre de 2013 (RJ 2014\2233), 29 de enero de 2014 (RJ 2014\1034) y de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014\3877). Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist,* C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.

Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981.

Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, apdos. 52 a 57.

Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France SARL y Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL contra Viaticum SA y Luteciel SAR*L (C-237/08) y *Google France SARL contra Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL y otros* (C-238/08), ECLI:EU:C:2010:159.

Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:740:78.

Sentencia TJUE de 10 de julio de 2019, *Amazon EU*, C-649/17, EU:C:2019:576, apdo. 43

Sentencia TJUE de 25 de junio *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG* de 2020, C-380/19, ECLI:EU:C:2020:498, apdo. 36.

Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, C-439/19, EU:C:2021:504, apdo. 98.

Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2023; *Meta Plartforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH y Bundeskartellamt*, C-252/21, EU:C:2024:834

Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024 *Maximilian Schrems y Meta Platforms Ireland Ltd*, C-446/21, EU:C: 2023:537.

STJUE de 11 de junio de 2002, C-96/00, *Gabriel*, EU:C:2002:436, apdo. 49.

Sentencia del TJUE de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF*, C-487/21, EU:C:2023:369, apartado 23 y jurisprudencia citada

Sentencia del TJUE de e 20 de diciembre de 2017, *Nowak*, C-434/16, EU:C:2017:994, apartado 35.

Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2023*, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras*, C-683/21, EU:C:2023:949, apartado 58.

Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014*, František Ryneš y Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428, apdo. 22.

Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, *Peter Nowak y Data Protection Commissioner*, C-464/16, ECLI:EU:C:2017:994, apdo. 62.

Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, *Worten,* C-432/12, ECLI:EU:C:2013:355, apdo. 22.

Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023, *Gesamtverband Autoteile-Handel eV y Scania CV AB*, C--319/23, ECLI:EU:C:2023:837, apdo. 48.

Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016, *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, apartado 49.

Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2024, *IAB Europe y Gegevensbeschermingsautoriteit*, C-604/22, ECLI:EU:C:2024:214, apdo. 51.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. BOE nº. 4, de 4 de enero de 2001.

Sentencias del TS de 18 de noviembre de 2013 (RJ 2014\2233), 29 de enero de 2014 (RJ 2014\1034) y de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014\3877).

© Luis Gonzaga Aguilera Ruiz, 2024