

EL DERECHO PRIVADO EN EL NUEVO PARADIGMA DIGITAL

Directores:

Esther Arroyo Amayuelas

Sergio Cámara Lapuente



Càtedra Jean Monnet
Dret Privat Europeu UB
Programa Erasmus+
Unió Europea



Proyecto I+D+I DER2017-84748-R

COL·LEGI DE NOTARIS
DE CATALUNYA

EL DERECHO PRIVADO
EN EL NUEVO PARADIGMA DIGITAL

AUTORES

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia
Universitat de Barcelona

ARROYO AMAYUELAS, Esther
Universitat de Barcelona

ASTROMSKIS, Paulius
Vytautas Magnus Universitetas
(Kaunas, Lituania)

CÁMARA LAPUENTE, Sergio
Universidad de La Rioja

CAMPOS CARVALHO, Joana
Universidade NOVA de Lisboa (Portugal)

DAGILIENĖ, Lina
Kauno Technologijos Universitetas
(Kaunas, Lituania)

GARCÍA PÉREZ, Rosa M.^a
Universidad de Granada

GINEBRA MOLINS, M. Esperança
Universitat de Barcelona

GSELL, Beate
Ludwig-Maximilians-Universität München
(Alemania)

LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl
Universidad de Alicante

MORAIS CARVALHO, Jorge
Universidade NOVA de Lisboa (Portugal)

METZGER, Axel
Humboldt-Universität zu Berlin (Alemania)

NAVARRO-MICHEL, Mónica
Universitat de Barcelona

RIAÑO GIL, Consuelo
Universidad de La Rioja

RUIZ VEGA, Agustín V.
Universidad de La Rioja

SPINDLER, Gerald
Georg-August Universität-Göttingen
(Alemania)

TWIGG-FLESNER, Christian
University of Warwick (Reino Unido)

VENTURA VENTURA, José Manuel
Universidad de La Rioja

EL DERECHO PRIVADO EN EL NUEVO PARADIGMA DIGITAL

Esther Arroyo Amayuelas
Sergio Cámara Lapuente
(Dirs.)

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020



Cátedra Jean Monnet
Derecho Privado Europeo UB
Programa Erasmus + de la Unión Europea



Proyecto I+D+I DER2017-84748-R

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente (dirs.)
- © Colegio Notarial de Cataluña
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-845-4
Depósito legal: M. 20.912-2020
Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS
Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.
C/ Antonio Gaudí, 15
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2020

Sumario

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN (Esther ARROYO AMAYUELAS y Sergio CÁMARA LAPUENTE)..	11
CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS DIGITALES, SERVICIOS DIGITALES Y COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO	
INTRODUCCIÓN A LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES Y CONTENIDOS O SERVICIOS DIGI- TALES (Jorge MORAIS CARVALHO)	31
CONFORMITY OF GOODS AND DIGITAL CONTENT/DIGITAL SERVI- CES (Christian TWIGG-FLESNER)	49
REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN CONTRATOS DE COM- PRAVENTA Y DE SUMINISTRO DE ELEMENTOS DIGITALES CON VARIAS PRESTACIONES (Lidia ARNAU RAVENTÓS).....	79
TIME LIMITS OF REMEDIES UNDER DIRECTIVES (EU) 2019/770 AND (EU) 2019/771 WITH PARTICULAR REGARD TO HIDDEN DEFECTS (Beate GSELL).....	101
DESTINO DE LOS DATOS PERSONALES Y SERVICIOS DIGITALES: ¿COMERCIO O/Y PROTECCIÓN?	
UN MODELO DE MERCADO PARA LOS DATOS PERSONALES: ESTA- DO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA NUEVA DIRECTIVA SOBRE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES (Axel METZGER).....	121
RESOLUCIÓN CONTRACTUAL Y DESTINO DE LOS DATOS Y CONTE- NIDOS GENERADOS POR LOS USUARIOS DE SERVICIOS DIGITA- LES (Sergio CÁMARA LAPUENTE)	141

	Pág.
INTERACCIÓN ENTRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/770: LICITUD DEL TRATAMIENTO Y CONFORMIDAD DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES (Rosa M. ^a GARCÍA PÉREZ).....	175
VOLUNTADES DIGITALES: DISPOSICIONES <i>MORTIS CAUSA</i> (M. Esperança GINEBRA MOLINS)	209
COMERCIO ELECTRÓNICO Y MERCADOS ONLINE	
ONLINE PLATFORMS: CONCEPT, ROLE IN THE CONCLUSION OF CONTRACTS AND CURRENT LEGAL FRAMEWORK IN EUROPE (Joana CAMPOS CARVALHO).....	239
EL REGLAMENTO SOBRE BLOQUEO GEOGRÁFICO INJUSTIFICADO Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A LOS CONTRATOS DE CONSUMO CONCLUIDOS POR VÍA ELECTRÓNICA (Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ).....	255
EL ESTADO DE <i>FLOW</i> Y COMERCIO ELECTRÓNICO: ¿EXISTEN DIFERENCIAS EN LA CONDUCTA DE LOS CONSUMIDORES SEGÚN EL DISPOSITIVO ELECTRÓNICO UTILIZADO? (Agustín V. RUIZ VEGA - Consuelo RIAÑO GIL).....	297
PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL	
LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET: ¿PUERTOS SEGUROS A PRUEBA DE FUTURO? (Esther ARROYO AMAYUELAS).....	343
¿COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA O NO? UN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 DE LA DIRECTIVA SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL (Gerald SPINDLER)	385
LAS EDITORIALES DE PUBLICACIONES DE PRENSA, NUEVOS TITULARES DE (VIEJOS) DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (José Manuel VENTURA VENTURA)	439

**RETOS DE FUTURO EN LA UNIÓN EUROPEA:
IDENTIDAD DIGITAL Y CONDUCCIÓN AUTÓNOMA**

REGULATION OF ELECTRONIC IDENTIFICATION IN FINANCIAL SERVICES: DIGITAL IDENTITY AND FINANCIAL INCLUSION DIMENSIONS (Lina DAGILIENĖ - Paulius ASTROMSKIS)	459
LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE ACCIDENTES DE TRÁFICO A LOS CAUSADOS POR VEHÍCULOS AUTOMATIZADOS Y AUTÓNOMOS (Mónica NAVARRO-MICHEL)	487

Presentación

Esther ARROYO AMAYUELAS
Sergio CÁMARA LAPUENTE

Las personas, empresas y consumidores, oferentes y demandantes en el mercado, se ven afectados directamente y sin remedio por los cambios disruptivos de la tecnología. Esos cambios afectan a numerosos ámbitos y, por supuesto, también al Derecho, incluido el Derecho privado. Lejos queda la novedad que supuso internet en sus inicios, cuyas normas pioneras ilustraban sobre la necesidad de no discriminar entre la forma de contratar *online* y *off-line* e imponían una exención de responsabilidad a los intermediarios por la transmisión y almacenamiento de los contenidos ilícitos de los usuarios. Hace ya mucho tiempo que el comercio *online* ha incrementado las transacciones (domésticas y transfronterizas), que las tecnologías financieras y estructuras digitales permiten el establecimiento de nuevos tipos de acuerdos y procedimientos en áreas clásicas de la banca, tales como pagos, inversiones o préstamos, y que la nube también está dando forma a las relaciones sociales o, por mejor decir, está ayudando a reconfigurarlas. Todo ello sucede, además, a una velocidad vertiginosa gracias al avance de la inteligencia artificial, la digitalización de los bienes y servicios y el fenómeno de la hiper conectividad entre personas y entre algunos bienes llamados, por ello, inteligentes. Esos fenómenos plantean cuestiones jurídicas nuevas, a las que las viejas normas pensadas para el mundo analógico no siempre pueden dar respuesta.

Lo dicho es particularmente cierto en el ámbito del Derecho contractual. 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. Además, se discute sobre nuevas fórmulas de identidad digital o sobre si las declaraciones de voluntad pueden ser realizadas por agentes automatizados y se polemiza sobre la capacidad jurídica de los robots. Por otro lado, las prestaciones y contraprestaciones han dejado de ser las típicas de algunos contratos nominados conocidos. Así, a veces, en lugar de con dinero los servicios se pagan con datos personales o metadatos o con moneda virtual, cuando no es la exposición a la publicidad la que financia los motores de

búsqueda y las redes sociales. La pretendida cosificación de los datos plantea el problema más general de qué puede ser objeto del derecho de propiedad, algo que se extiende, con mayor motivo, al suministro de contenidos digitales, que también son datos, esto es, ni una cosa ni un derecho, independientemente de que se acceda a ellos mediante descarga —acto equivalente a la entrega— o que se entreguen en un soporte duradero. Y tanto si existe una respuesta positiva en el Derecho de bienes a la pregunta de a quién pertenecen los datos personales, como si se entiende que el título de pertenencia es, en realidad, la inherencia a la persona, existe el problema de la legitimación para su uso, cuando a la muerte de la persona aquellos datos se convierten en herencia. A retos parecidos se enfrenta la responsabilidad extracontractual y, en particular, la conducción autónoma, que es un ámbito en relación con el cual las normas sobre productos defectuosos y accidentes de tráfico pueden no ser ya suficientes.

Lo acabado de explicar es solo un marco teórico para encuadrar algunos de los problemas a los que se enfrentan los autores de este libro que casi siempre analizan cuestiones que ya tienen una respuesta *lege lata*, siquiera imperfecta, en las recientes directivas y reglamentos europeos promulgados en el marco de la Estrategia del Mercado Único Digital (2015-2018). El libro aúna contribuciones que, al amparo de las Directivas sobre ventas y contenidos digitales (MORAIS CARVALHO, TWIGG-FLESNER, ARNAU RAVENTÓS, GSELL) y el Reglamento de geolocalización (LAFUENTE SÁNCHEZ), señalan distintos aspectos de la nueva regulación del comercio de bienes y servicios, con especial énfasis en el papel de los intermediarios y, en particular, los mercados electrónicos (CAMPOS CARVALHO). Al hilo del comercio electrónico, pero al margen de cualquier aspecto jurídico, una ponencia complementa las anteriores a base de ilustrar las posibles diferencias en la conducta de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado (RUIZ VEGA y RIAÑO GIL).

Un libro de estas características, que pretende analizar el impacto de las nuevas tecnologías en sectores clave del Derecho privado, no podía dejar de albergar otras contribuciones que, con el soporte adicional del Reglamento de protección de datos, analizan el impacto sobre el régimen jurídico contractual tradicional del nuevo mercado de datos y contenidos digitales (METZGER, CÁMARA LAPUENTE) y el tratamiento que merecen los entregados por el usuario o adquirente (GARCÍA PÉREZ). Ya en la órbita del Derecho sucesorio, pero todavía en ese mismo contexto de los datos, estos también pueden ser calificados como herencia o, si se prefiere, rastro digital de las personas (GINEBRA MOLINS).

La legislación europea también se deja sentir en sectores clave de actividad, como el de los servicios financieros, lo cual se explica aquí a propósito de los métodos de identificación digital con la mirada puesta en el futuro desarrollo de programas de inclusión financiera (DAGILIENĖ y ASTROMSKIS). Otro sector clave de la economía es el de los derechos de autor y afines que aquí se abordan, ya en relación con el uso en línea de las publicaciones de prensa por parte de los prestadores de servicios de la

sociedad de la información (VENTURA VENTURA), ya con miras a explicar el nuevo régimen de responsabilidad directa de las plataformas que albergan gran cantidad de obras sin licencia (SPINDLER). Se trata de una responsabilidad extracontractual, como la de la que pretende eximir al intermediario la vieja Directiva sobre comercio electrónico, cuya adecuación a la realidad actual se discute, precisamente, en parte, a la vista de las novedades que aporta la legislación sobre propiedad intelectual (ARROYO AMAYUELAS). Todavía en el contexto de la responsabilidad extracontractual, pero en un ámbito ajeno a los anteriores, y, en particular, a propósito de la conducción de vehículos autónomos, se cuestiona la actual legislación sobre accidentes de tráfico y las reformas posibles o venideras en este ámbito (NAVARRO-MICHEL).

Los capítulos someramente descritos más arriba son el reflejo de las ponencias, debidamente adaptadas ahora para su publicación, presentadas en el Congreso celebrado en Barcelona los días 3 y 4 de octubre de 2019, a las que se han añadido tres nuevas contribuciones relevantes que completan el elenco de cuestiones a cuya discusión aquel encuentro pretendía dar cabida. De los dieciséis trabajos que componen este libro, nueve se publicaron inmediatamente en el monográfico que le dedicó la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12-1, 2020, siquiera en parte o con algunas diferencias respecto de lo que aquí se publica. El resto se dan a conocer ahora por primera vez, gracias a la entusiasta acogida de la editorial Marcial Pons y, como muchas otras veces, gracias a la ayuda material e intelectual del Colegio de Notarios de Cataluña y, en particular, la del notario de Barcelona, el Dr. Ángel SERRANO DE NICOLÁS.

Tanto la organización del Congreso como esta publicación se enmarcan en las actividades del Grupo de investigación radicado en la Universidad de La Rioja, financiadas por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través del Proyecto I+D+I DER2017-84748-R, dedicado al Mercado Único Digital Europeo y la protección de los consumidores en contratos de suministro de contenidos digitales, así como en las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la Universidad de Barcelona, financiada por la Comisión Europea. Los organizadores de aquel congreso fueron los directores de los respectivos proyectos y quienes ahora presentan al público este libro. En particular, agradecen el apoyo prestado por el Grupo de Investigación consolidado de la Generalitat de Cataluña (2017 SGR 151) y el Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación I+D+I DER2017-82129-R, dedicado al Derecho de bienes en la sociedad digital europea, ambos en la Universidad de Barcelona. Mención especial merece el Sr. Francesc Fradera, investigador predoctoral en la Universidad de Barcelona, por el tiempo dedicado a las tareas de edición de este libro.

Barcelona-Logroño, 27 de marzo de 2020.

Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales

Jorge MORAIS CARVALHO*

I. INTRODUCCIÓN

Las DCSD y DCV son complementarias y en ningún caso, como se verá, coinciden en su ámbito de aplicación objetivo (Cdos. 13 DCSD y 20 DCV)¹. Las materias tratadas en cada una de esas normas son esencialmente las mismas: conformidad de los productos o contenidos o servicios digitales con el contrato; medidas correctoras (derechos) en caso de falta de conformidad; modalidades para el ejercicio de estas medidas correctoras. Cabe señalar que la DCV complementa a la DDC (Cdo. 11), en particular en lo que se refiere a las normas que rigen los contratos celebrados con los consumidores en general (requisitos de información, entrega, transmisión del riesgo), dando así un paso más hacia un derecho armonizado de compraventa a escala europea. Los requisitos de información de la DDC también se aplican a los contratos cubiertos por la DCSD.

Dado que las normas de la DDC que regulan la entrega no se aplican a los contratos distintos de los relativos a bienes, la DCSD aborda una cuestión que no está cubierta por la DCV. Se trata del suministro de los

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad NOVA de Lisboa; Investigador del CEDIS (Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade and FCT); Director del NOVA Consumer Lab y del NOVA Law & Tech. Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D DER2017-84748-R (Ministerio de Ciencia e Innovación), dirigido como IP por el Prof. S. CÁMARA LAPUENTE. Una versión previa se ha publicado en *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 930-940.

¹ Sobre estas normas, véase J. MORAIS CARVALHO, «New Developments in EU Consumer Contract Law», *PoLaR*, 3, 1, 2019, pp. 11-17; K. NEMETH y J. MORAIS CARVALHO, «Current Challenges for Consumer Law», *EuCML*, 3, 2019, pp. 119-121; J. MORAIS CARVALHO, «Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771», *EuCML*, 5, 2019, pp. 194-201; *Id.*, «Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais - As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português», *RED*, 20, 3, 2019, pp. 194-201 (https://cije.up.pt/client/files/0000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf).

contenidos o servicios digitales, es decir, el equivalente a la «entrega» del objeto del contrato. Los Estados miembros son libres en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales (Cdo. 12 DCSD)², pero ahora tienen que definir un régimen uniforme para el cumplimiento de la obligación principal (el suministro)³.

Otra cuestión que solo aparece en la DCSD es la de las modificaciones del contrato en el caso de un contrato duradero, sea de ejecución continuada o de ejecución periódica (art. 19). Por el contrario, solo la DCV trata la cuestión de las garantías comerciales (art. 17).

Las Directivas deben transponerse al Derecho nacional antes del 1 de julio de 2021 y la fecha de entrada en vigor de las normas de transposición debe ser el 1 de enero de 2022. Se prevé de esta forma un periodo mínimo de seis meses de *vacatio legis*. Por lo que se refiere a la aplicación de la ley en el tiempo, las normas de transposición de la DCV solo deben aplicarse a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de dicha Directiva (Cdo. 66). Por otra parte, la DCSD debe aplicarse a los contratos de duración determinada o indefinida que se hayan celebrado antes de la fecha de aplicación y que prevean el suministro de contenidos o servicios digitales durante un periodo de tiempo, ya sea de forma continua, ya sea a través de una serie de actos individuales de suministro, pero solo en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales suministrados a partir de la fecha de aplicación de las medidas nacionales de transposición, con excepción de las normas relativas a la modificación de los contenidos o servicios digitales y al derecho de repetición, que solo se aplicarán a los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicho acto (Cdo. 83).

II. NIVEL DE ARMONIZACIÓN

Las dos Directivas son de armonización máxima, salvo disposición en contrario (art. 4 DSCD y art. 4 DCV). Su finalidad, como el de otras directivas en el ámbito del Derecho de consumo, es, por un lado, la protección del consumidor y, por otro, el desarrollo del mercado interno facilitando los intercambios comerciales entre los Estados miembros⁴. Sin embargo, la finalidad perseguida con la armonización no puede verse cumplida con la adopción de directivas de armonización mínima, porque estas permiten que los Estados adopten o mantengan normas más protectoras de los consumidores. Debe hacerse notar que lo que no es posible es una dismi-

² En defensa de la necesidad de una nueva categoría de bienes digitales, véase J. A. CASTILLO PARRILLA, *Bienes Digitales: Una Necesidad Europea*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 259.

³ K. SEIN y G. SPINDLER, «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader's Obligation to Supply», *ERCL*, 15, 3, 2019, pp. 276 y ss.

⁴ K. MORTELMANS, «Harmonization Minimale et Droit de la Consommation», *REDC*, 1, 1988, pp. 3 y ss.

nución del nivel de protección⁵. La ventaja de las directivas de armonización máxima, por el contrario, es que se reducen las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados miembros, pero a cambio se reducen las posibilidades de mejorar la posición del consumidor⁶.

Puede, así, decirse que las directivas de armonización mínima son más protectoras de los consumidores y que las directivas de armonización máxima están más tendientes hacia el mercado común y la inexistencia de barreras a los intercambios comerciales entre los Estados miembros⁷. Estas dos nuevas directivas surgen en un contexto de adopción de directivas de armonización máxima. Aun así, la DCV concede más libertad a los Estados miembros que la DCSD, como consecuencia de venir precedida por la Directiva 1999/44/CE, que es de armonización mínima⁸. Parece ser más una cuestión de conveniencia política relacionada con esta circunstancia que una diferencia resultante de la naturaleza de los contratos en juego.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

1. Concepto de consumidor

Las dos Directivas definen al consumidor como toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión (arts. 2.2 DCV y 2.6 DCSD). Los Estados miembros podrán ampliar la protección ofrecida a otras personas que no estén cualificadas de esa manera. Los Cdos. 21 DCV y 16 DCSD se refieren expresamente a la posibilidad de ampliar la protección de los consumidores a las organizaciones no gubernamentales, las empresas emergentes o las pymes. Se trata de una decisión de cada Estado miembro.

2. Actos mixtos

En el caso de contratos con doble finalidad, es importante señalar un cambio relevante en la orientación de la legislación europea, que restringe el alcance de la armonización máxima mediante una restricción del concepto de consumidor. En el Derecho de la UE, la cuestión se planteó, hasta la adopción de estas dos nuevas Directivas, de diferentes maneras

⁵ En este sentido, véase S. WEATHERILL y P. BEAUMONT, *EU Law - The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3.ª ed., Londres, Penguin Books, 1999, p. 1037.

⁶ Como los actos normativos europeos no cubren todas las materias, argumenta J. STUYCK, «Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law», *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order - Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber Amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 284, que todas las directivas tienen un efecto de armonización mínima.

⁷ J. MORAIS CARVALHO, «La Protección de los Consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?», en *Criterio Jurídico*, 6, 2006, pp. 243 y ss.

⁸ Para un análisis más detallado, véase MORAIS CARVALHO, «Sale of Goods...», *op. cit.*, pp. 194 y ss.; MORAIS CARVALHO, «Venda de Bens...», *op. cit.*, pp. 67 y ss.

en los ámbitos procesales (tribunal competente), por una parte, y de los regímenes materiales de derecho del consumo, por otra⁹. En el primer caso, el concepto de consumidor se ha interpretado de forma restrictiva y la norma de protección (que permite al consumidor, en términos generales, demandar y ser demandado ante los tribunales de su domicilio) no se aplica en caso de contratos de doble finalidad, salvo que el uso profesional sea marginal e insignificante en el contexto global de la operación de que se trate¹⁰. En los regímenes de Derecho sustantivo en materia de consumo, podía decirse hasta ahora que el criterio del uso predominante era el criterio adoptado a nivel europeo. Por ejemplo, el Cdo. 17 DDC establece que si el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

En los Considerandos de las Directivas que estamos analizando (Cdos. 22 DCV y 17 DCSD), que deben incluirse en la categoría de los regímenes sustantivos de derecho del consumo, se afirma que:

«Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones».

Si los Estados miembros son libres de determinar si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones, esto significa que las directivas no la califican necesariamente como tal, es decir, contrariamente a las orientaciones anteriores de los regímenes sustantivos de derecho en materia de consumo, es posible que haya Estados miembros que no consideren a esa persona como un consumidor. Esta restricción es criticable¹¹, ya que puede dar lugar a discrepancias a escala europea y, al mismo tiempo, socavar el mercado interior y la protección efectiva del consumidor.

3. Concepto de empresario

El concepto de empresario (art. 2.5 DCSD) o vendedor (art. 2.3 DCV), no presenta ninguna novedad significativa en comparación con la legislación europea anterior. Sin embargo, hay una cuestión interesante, abordada en los Cdos. 23 DCV y 18 DCSD, que se refiere al papel del prestador

⁹ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 38 y 39.

¹⁰ STJUE, C-464/01, de 20 de enero 2005, *Gruber* (§39). G. HOWELLS, «The Scope of European Consumer Law», *ERCL*, 3, 2005, p. 362, señala que esta interpretación restrictiva se limita lógicamente al ámbito de la jurisdicción. Esta solución fue confirmada en STJUE C-498/16, de 25 de enero de 2018, *Schrems* y STJUE C-630/17, de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*.

¹¹ C. CAUFFMAN, «New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships», en *MJ*, 26, 4, 2019, p. 479, considera que la solución es problemática; SEIN y SPINDLER, «The new Directive...», *op. cit.*, p. 262, argumentan que puede ser confusa para los empresarios.

de las plataformas digitales que, naturalmente, será considerado un profesional si actúa «en calidad de socio contractual directo del consumidor». Cuando no actúe en esa calidad, es decir, cuando no sea parte del contrato principal, los Estados miembros son libres de calificar también al prestador de la plataforma como empresario¹², considerándolo responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido o servicio digitales.

IV. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

La DCV se aplica a los contratos de compraventa (art. 3.1) y a los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse (art. 3.2)¹³.

Según el Cdo. 17 DCV: «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». Contrariamente a lo que parece resultar de la STJUE C-247/16, de 7 de septiembre de 2017, *Schottelius*, la aplicación del régimen jurídico no tiene que hacerse necesariamente en su conjunto, sino que puede aplicarse solo a una parte del contrato.

Solo están cubiertos los contratos por los que el consumidor paga o se compromete a pagar su precio (art. 2.1). No se aplica a los contratos cubiertos por la DCSD¹⁴.

La DCV también se aplica plenamente a los bienes con elementos digitales, es decir, contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero (art. 3.3). La referencia a estos bienes se incluyó en la versión final de la DCV y es una de las principales novedades. La definición de bienes del art. 2.5 letra *b*), parece restringir el concepto al decir que la incorporación o interconexión comporta que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones. En realidad, se trata fundamentalmente de una cuestión de interpretación del contenido del contrato, es decir, de analizar el problema en base a criterios subjetivos (vinculados a las declaraciones de las partes) y objetivos (vinculados a las expectativas razonables de las partes). Esto es lo que se

¹² CAUFFMAN, «New EU Rules...», *op. cit.*, p. 473; SEIN y SPINDLER, «The new Directive...», *op. cit.*, p. 261.

¹³ Según G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER y T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018, p. 172, este ámbito «parece indebidamente restrictivo».

¹⁴ Se debatió la aplicación de la Directiva 1999/44/CE a los contenidos digitales. Argumentando que las características del soporte no son relevantes y que el régimen es aplicable independientemente de la existencia de un soporte material, M. TENREIRO y S. GÓMEZ, «La Directiva 1999/44/CE», *REDC*, 5, 2000, p. 12; R. BRADGATE y C. TWIGG-FLESNER, *Blackstone's Guide to Consumer Sales and Associated Guarantees*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 30.

desprende, además, del Cdo. 15. Tomemos el ejemplo que aparece en ese Considerando: una aplicación de vídeo concreta formará parte del contrato de compraventa del televisor; si así lo indicase la publicidad. En este caso, se aplicaría la DCV a la aplicación de vídeo, aunque su ausencia no impidiera que el televisor realizara sus funciones.

La DCSD se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales (art. 3.1). Se aplica a los contratos relativos a un soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales (art. 3.3). Este es el caso, por ejemplo, de un CD de música. Entonces se aplican también las normas de la DDC sobre entrega y riesgo (arts. 5 y 13 DSCD).

Como se ha mencionado anteriormente, los Estados miembros pueden ampliar la protección que ofrecen estos regímenes a otros contratos. Así, por ejemplo, el régimen de la DCV puede aplicarse a los contratos de arrendamiento financiero y el régimen de la DCSD puede ampliarse a otros contratos relativos a servicios. También es posible adoptar un régimen jurídico único para los bienes, servicios o derechos proporcionados a los consumidores, siempre que este régimen único integre las especificidades contenidas en los dos actos legislativos objeto de análisis.

V. DATOS COMO CONTRAPRESTACIÓN

De acuerdo con el art. 3.1 II DCSD, para la aplicación del régimen, debe existir una contraprestación, pero dicha contraprestación no tiene que ser en dinero.

El concepto de precio es amplio e incluye representaciones digitales de valor, como vales o cupones electrónicos, y monedas virtuales (Cdo. 23 DCSD) y, aunque no exista una norma expresa, esta conclusión debe aplicarse también a la DCV.

Efectivamente, esa contraprestación puede consistir en la facilitación de datos personales. Aunque se ha evitado la referencia a esa expresión «contraprestación», a diferencia de lo que sucedía en versiones anteriores de la Directiva, el hecho es que los datos personales pueden considerarse en estos casos como una contraprestación. Se trata de uno de los principales retos del Derecho contractual en general y del derecho de los consumidores en particular en los próximos años¹⁵. Pueden identificarse las siguientes críticas a la solución dada en la norma: la difícil compatibilidad con RGPD y la posible afectación a la naturaleza de derecho fundamental de los datos, derivada de la legitimación de un modelo de negocio

¹⁵ C. LANGHANKE y M. SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *EuCML*, 6, 2015, p. 218; A. DE FRANCESCHI, «European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives», en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market - The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 8; A. DE FRANCESCHI, «The Changing Shape of EU Private Law in Response to Digital Innovation», en P. CASTAÑOS CASTRO y J. A. CASTILLO PARRILLA *et al.* (eds.), *El Mercado Digital en la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2019, p. 73.

(un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección de datos¹⁶. Esta idea es especialmente visible en el Dictamen 4/2017 del SEPD¹⁷, donde se llama la atención a la falta de conocimiento por parte del consumidor de lo que está entregando al proporcionar sus datos y sobre la dificultad de evaluarlos.

Aunque entendemos las críticas, creemos que el objetivo de lograr un mejor equilibrio en las relaciones entre empresarios y consumidores requiere la aplicación de normas de protección del consumidor; independientemente de que se pague o no un precio¹⁸. La solución de aplicar las disposiciones del contrato a título gratuito, normalmente menos protectoras del adquirente de bienes y servicios, a estos contratos no es satisfactoria¹⁹. Hay una contraprestación y esta contraprestación tiene tal valor que, como mínimo, equilibra los beneficios de las partes. En algunos casos puede incluso desequilibrarlos, con respecto al sujeto de los datos, dada la relevancia de los datos proporcionados. Así, por ejemplo, entre la donación y la compraventa, debemos aplicar el régimen jurídico de la compraventa en estos casos. Esto se entiende sin perjuicio de la necesaria compatibilidad de los derechos contractuales de los consumidores con los derivados del carácter fundamental de la protección de datos como derecho²⁰ y de la plena aplicación de los principios y normas del RGPD, por lo que el fundamento jurídico para el tratamiento de datos debe ser uno de los previstos en el art. 6.1 RGPD²¹. La(s) base(s) legal(es) debe(n) ser indicada(s) por el responsable del tratamiento, de conformidad con el art. 13.1 letra c). También hay que añadir que el derecho del consumidor propietario de los datos a retirar su consentimiento al tratamiento de los datos o a su supresión nunca podrá cuestionarse ni dificultarse²².

La DCSD no se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor son tratados exclusivamente por el empresario para suministrar el contenido o servicio digital de conformidad con la Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y no trate esos datos para ningún otro fin. El Cdo. 25 da el ejemplo de una situación en la que la legislación aplicable exige el regis-

¹⁶ L. DRECHSLER, «Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?», 2018, disponible en https://cris.vub.be/files/36462976/IRIS2017_DRAFT_Drechslers_V3.pdf; A. DE FRANCESCHI, *La Circolazione dei Dati Personali tra Privacy e Contratto*, Nápoles, ESI, 2017.

¹⁷ Disponible en <https://bit.ly/2pBrDLR>.

¹⁸ M. NARCISO, «“Gratuitous” Digital Content Contracts in EU Consumer Law», *EuCML*, 5, 2017, p. 198.

¹⁹ MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 64.

²⁰ DRECHSLER, «Data as Counter-Performance...», *op. cit.*, p. 9.

²¹ R. MAŃKO y S. MONTELEONE, «Contracts for the Supply of Digital Content and Personal Data Protection», 2017, disponible en <http://bit.ly/2URMM9W>, p. 5; S. CÁMARA LAPUENTE, «Extinción de los Contratos sobre Contenidos y Servicios Digitales y Disponibilidad de los Datos: Supresión, Recuperación y Portabilidad», en CASTAÑOS CASTRO y CASTILLO PARRILLA *et al.* (eds.), *El Mercado Digital en la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2019, p. 163. Véase también el Cdo. 37 DCSD.

²² K. PORMEISTER, «Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of “23andMe”», *EuCML*, 1, 2017, p. 20.

tro del consumidor por motivos de seguridad e identificación. Cuando el comerciante solo recoge metadatos, como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, es necesario analizar la naturaleza jurídica de la relación entre las partes en relación con cada legislación nacional. Si se considera un contrato, debe aplicarse la DCSD. Los Estados miembros también son libres de aplicar la Directiva cuando el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el comerciante, esté expuesto a la publicidad exclusivamente para acceder a un contenido o servicio digital.

VI. REQUISITOS DE CONFORMIDAD

La separación explícita de los requisitos de conformidad en requisitos subjetivos y objetivos es una de las principales innovaciones con respecto a la evaluación de la conformidad del bien con el contrato. No hay cambios muy significativos en los propios requisitos, aunque ambas Directivas añaden requisitos de funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad para los contenidos y servicios digitales y para los bienes con elementos digitales. De las nuevas directivas se desprende claramente que las restricciones derivadas de la vulneración de derechos de terceros se incluyen en el concepto de falta de conformidad. Los arts. 9 DCV y 10 DCSD establecen que cuando una restricción resultante de la vulneración de un derecho de un tercero (derechos de propiedad intelectual, entre otros) impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor podrá exigir medidas correctoras por falta de conformidad. No obstante, los Estados miembros tienen la opción de prever alternativamente la nulidad o la rescisión del contrato en tales casos.

El empresario debe entregar al consumidor bienes (o suministrar contenidos o servicios digitales) que cumplan los requisitos de conformidad (arts. 5 DCV y 6 DCSD.). La conformidad se considera uno de los conceptos fundamentales del Derecho contractual moderno²³. Se evalúa siempre comparando la prestación estipulada (explícita o implícitamente) en el contrato y la prestación realizada. Lo esencial es establecer, por un lado, los criterios para determinar la prestación acordada entre las partes y, por otro lado, cómo y cuándo evaluar si la obligación ha sido cumplida.

Los arts. 6 y 7 de la DCV y los arts. 7 y 8 de la DCSD incluyen criterios para determinar los elementos que forman parte del contrato. Más que caracterizar lo que es o no es conforme con el contrato, la finalidad de estas normas es especificar lo que está incluido en el contrato y luego, en el momento de la ejecución, evaluar si los bienes o los contenidos o servicios digitales suministrados corresponden a los bienes o contenidos o servicios digitales acordados.

²³ R. SCHULZE, «Supply of Digital Content - A New Challenge for European Contract Law», en *European Contract Law and the Digital Single Market - The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 134.

La distinción entre requisitos subjetivos y objetivos se refiere al hecho de que hay elementos que resultan directamente de la relación entre el consumidor y el empresario (subjetivo) y elementos que solo indirectamente forman parte del contrato porque son razonablemente esperados por el consumidor (objetivo). En este sentido, si el empresario ha puesto a disposición del consumidor una muestra o un modelo de los productos (o una versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios digitales) y si hay una declaración pública hecha por el empresario, seguimos estando dentro de los requisitos subjetivos. Cada uno de estos dos elementos sigue formando parte de la relación contractual directa entre el consumidor y el empresario.

Las diferencias entre las dos Directivas son menores y a veces incomprensibles. La DCV no parece incluir la asistencia al consumidor acordada contractualmente. Esta omisión no tiene sentido y la asistencia al consumidor también debe considerarse parte integrante del contrato de compraventa si así lo acuerdan las partes. Puede ser un elemento importante en la decisión del consumidor de celebrar el contrato. Por otra parte, el tipo de bienes solo se menciona como un criterio de conformidad en la DCV, pero también debe considerarse que está incluido en el contexto de los contenidos y servicios digitales. El tipo de contenido o servicio digital es un elemento importante del contrato. Esto no es un tema problemático ya que el tipo está claramente incluido en la descripción, uno de los otros criterios incluidos en ambas Directivas.

En lo que respecta a la durabilidad o continuidad [arts. 7.1 letra *d*) DCV y 8.1 letra *b*) DCSD], si bien la referencia expresa es una novedad²⁴, el enfoque de la cuestión de la obsolescencia planificada sigue siendo muy tímido. El Cdo. 32 DCV afirma que garantizar una mayor durabilidad de los bienes es importante para lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular. Sin embargo, se da preferencia a la legislación de la Unión específica sobre productos, siendo el régimen jurídico de la compraventa de bienes de consumo solo complementario. En el mismo Considerando se puede leer que:

«Para que los bienes sean conformes deben poseer la durabilidad que sea habitual en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza de los bienes específicos, incluida la posible necesidad de un mantenimiento razonable de los bienes, como la revisión periódica o el cambio de los filtros de un vehículo, y de cualquier declaración realizada por cualquier persona que constituya una fase en la cadena de transacciones, o por cuenta de ella».

Un vehículo tiene una vida útil mucho más larga que los dos años que la DCV establece como norma para la responsabilidad del vendedor y no hay normas que puedan garantizar al consumidor la posibilidad de utilizar el vehículo después de estos dos años. Sin embargo, este problema puede resolverse a nivel de los Estados miembros, aunque en este caso

²⁴ HOWELLS, TWIGG-FLESNER y WILHELMSSON, *Rethinking...*, op. cit., p. 183.

no de forma armonizada. En primer lugar, como veremos en el siguiente punto, los Estados miembros pueden prever un periodo más largo para la responsabilidad del empresario. En segundo lugar, el empresario puede estar obligado a suministrar un servicio de asistencia posventa al consumidor, aunque este pague, durante la vida útil prevista de los bienes, por ejemplo, poniendo a su disposición piezas de recambio.

Los requisitos de conformidad se incluyen en el ámbito de la armonización máxima de ambas Directivas, lo que significa que los Estados miembros no pueden desviarse de sus disposiciones. Así pues, los Estados miembros que, como Portugal, no prevén en la actualidad la exclusión de la responsabilidad del empresario en materia de declaraciones públicas deberían reducir ahora el nivel de protección de los consumidores [arts. 7.2 DCV y 8.1 letra *b*) DCSD]. Una vez que la legislación europea se haya transpuesto, los empresarios estarán menos vinculados a la publicidad que en la legislación anterior en esos Estados miembros.

Las actualizaciones son un tema nuevo e importante en ambas Directivas, que se refieren, principalmente, a los bienes con elementos digitales, a los contenidos digitales y a los servicios digitales.

Cuando se trate de un único acto de suministro (o de varios actos individuales de suministro), el empresario debe realizar actualizaciones en un plazo que el consumidor pueda esperar razonablemente, teniendo en cuenta el tipo y la finalidad de los bienes y de los elementos, los contenidos o los servicios digitales, así como las circunstancias y la naturaleza del contrato [arts. 7.3 letra *a*) DCV y 8.2 letra *b*) DCSD].

Cuando se trate de contenidos o servicios digitales suministrados de forma continuada durante un determinado periodo de tiempo, el empresario deberá actualizarlos durante ese periodo [arts. 7.3 letra *b*) DCV y 8.2 letra *a*) DCSD]. En el caso de los bienes con elementos digitales, este periodo no será inferior a dos años (art. 10.2 DCV).

El consumidor no tiene la obligación de instalar las actualizaciones, pero el hecho de no hacerlo tiene consecuencias negativas. El empresario no será responsable de la falta de conformidad resultante de la falta de actualización, siempre que: haya informado al consumidor de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de la falta de instalación; y el fallo o la instalación incorrecta de la actualización por parte del consumidor no se haya debido a deficiencias en las instrucciones de instalación (arts. 7.4 DCV y 8.3 DCSD).

La DCSD establece que, a menos que las partes hayan acordado en sentido diverso, los contenidos o servicios digitales se proporcionan en la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato (art. 8.6). Aunque esta norma no esté prevista en la DCV, no hay razón para que no se aplique también a los contratos de compraventa. En primer lugar, debería aplicarse a los elementos digitales de los bienes con elementos digitales. Pero también debería aplicarse a los propios bienes. Si las partes acuerdan celebrar un contrato de compra-

venta de un nuevo modelo del vehículo X, deberá entregarse la última versión de ese modelo.

El consumidor también está protegido contra la instalación incorrecta de los bienes si la instalación forma parte del contrato y ha sido realizada por el empresario (o el proveedor de contenidos o servicios digitales en el caso de bienes con elementos digitales) o por el propio consumidor, en este caso si las instrucciones que se le han dado son incorrectas (arts. 8 DCV y 9 DCSD). En los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, la instalación corresponde a la integración en el entorno digital del consumidor.

VII. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO Y PLAZOS

El empresario es responsable ante el consumidor por toda falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, pero esta responsabilidad está sujeta a un plazo para la manifestación de la falta de conformidad. Siguiendo lo ya previsto en el art. 5.1 Directiva 1999/44/CE, este plazo es de dos años, bien en la DCV, incluyendo como norma los bienes con elementos digitales (art. 10.1), bien en la DCSD, aunque aquí solo si el contrato establece un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro (art. 12.1 I).

Si las partes han establecido el suministro continuo durante un determinado periodo de tiempo, el vendedor es responsable si la falta de conformidad se produce durante todo ese periodo, aunque sea superior a los dos años (art. 11.3 DCSD).

En el caso de los bienes de segunda mano, los Estados miembros podrán disponer que las partes convengan un periodo de responsabilidad (o prescripción) más corto de por lo menos un año (art. 10-6). Se modifica aquí parcialmente el Derecho europeo (véase STJUE C-133/16, de 13 de julio de 2017, *Ferenschild*), ya que también se incluye el plazo de prescripción. El acuerdo previsto en esta disposición también debe estar sujeto a la Directiva sobre cláusulas abusivas.

En el caso en el que un consumidor celebra un contrato con Netflix que le permite acceder al contenido puesto a su disposición por esta empresa, se aplica el art. 11.3 DCSD y el servicio de acceso a la página tendría que prestarse de conformidad con el contrato mientras este siga vigente. La naturaleza de este contrato apunta a la posibilidad de que el consumidor acceda al sitio web (y a los contenidos acordados) durante un determinado periodo (independientemente de que su duración se haya fijado de antemano o no). La falta de conformidad en un momento posterior, cuando el consumidor ya no pueda acceder al sitio web, no es pertinente.

Si un consumidor compra un vehículo en un *stand*, con una aplicación de navegación GPS instalada, y el vendedor se compromete a realizar actualizaciones de *software* durante tres años, se aplica la segunda parte del art. 10.2 DCV, en virtud de la cual el empresario es responsable de

toda falta de conformidad que se produzca o se manifieste en el plazo de tres años definido en el contrato. Cabe señalar que en el caso del vehículo propiamente dicho se aplica el plazo de dos años para la manifestación de la no conformidad. Por consiguiente, el consumidor tendrá diferentes plazos para la manifestación de la no conformidad, dependiendo de si la no conformidad se refiere al vehículo (dos años) o a la aplicación del GPS (tres años). Si, en este caso, las actualizaciones se hubieran acordado por un periodo de un año solamente, el consumidor habría estado protegido contra las faltas de conformidad en la aplicación del GPS que se manifestaran en un plazo de dos años (segunda parte del art. 10.2 de la DCV).

Ambas Directivas dan a los Estados miembros amplia libertad para regular esta materia. Por un lado, el plazo para la manifestación de la falta de conformidad puede ser ampliado (arts. 10.3 DCV y 11.2 II DCSD, donde parece que la norma es no prever este plazo). Por otra parte, puede no existir un plazo para la manifestación de la falta de conformidad, pero en este caso la norma nacional tendrá que establecer un periodo de prescripción. El Cdo. 42 DCV establece que los Estados miembros deben tener la facultad de disponer que el vendedor sea responsable de toda falta de conformidad que se manifieste en un periodo de tiempo determinado, combinándolo eventualmente con un plazo de prescripción, o bien que los derechos del consumidor a medidas correctoras solo estén sujetos a un plazo de prescripción. Según la terminología del Cdo. 56 DCSD, la finalidad es garantizar la seguridad jurídica a los empresarios y a los consumidores, que deben poder contar siempre con un periodo de tiempo, que puede ser un periodo de responsabilidad del empresario o un periodo para que el consumidor solicite medidas correctoras. También es posible establecer ambos límites de tiempo.

La carga de la prueba de la falta de conformidad en la compraventa de bienes recaerá en el consumidor. Como señaló la STJUE C-497/13, de 4 de junio de 2015, *Faber*, el consumidor solo tiene que probar la falta de conformidad y no la causa de esta ni que su origen es imputable al vendedor. La carga de la prueba de la falta de conformidad en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales depende de la naturaleza del acto de cumplimiento. Si se trata de un acto individual de suministro o de una serie de actos individuales de suministro, la carga de la prueba recae en el consumidor. Cuando las partes hayan establecido un suministro continuo durante un periodo de tiempo, la carga de la prueba de la falta de conformidad recaerá en el empresario (art. 12.3 DCSD).

El periodo de tiempo durante el cual el consumidor no tiene que probar que la falta de conformidad existía en el momento de la entrega será de un año a partir del momento en que se entregaron los bienes o se proporcionaron los contenidos o servicios digitales (arts. 11.1 DCV y 12.2 DCSD). Este periodo no se aplica cuando el contrato prevé un suministro continuo durante un periodo de tiempo (art. 12.3 DCSD)²⁵.

²⁵ Considera que se trata de la principal mejoría en los derechos del consumidor en la compraventa de bienes de consumo, CAUFFMAN, «New EU Rules...», *op. cit.*, p. 471.

Al permitir que algunos Estados miembros, como Portugal, no reduzcan significativamente el nivel de protección de los consumidores, la DCV ofrece la posibilidad de ampliar este periodo a dos años (art. 11.2). Así pues, será posible mantener el periodo de dos años actualmente previsto en el Derecho portugués. La DCSD no prevé esta posibilidad, por lo que el plazo deberá ser solo de un año para los contenidos y servicios digitales.

El establecimiento de una obligación de informar sobre el consumidor es facultativo para los Estados miembros en la DCV, aunque, si se impone, el plazo para que el consumidor informe al vendedor debe ser de al menos dos meses a partir de la fecha en que el consumidor tuvo conocimiento de la falta de conformidad (art. 12). Esta posibilidad no está prevista en la DCSD y, por lo tanto, los Estados miembros no podrán utilizarla en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

VIII. MEDIDAS CORRECTORAS POR FALTA DE CONFORMIDAD

Ante la falta de conformidad, el consumidor puede exigir al empresario las siguientes medidas: subsanación de los bienes o contenidos o servicios digitales en conformidad (mediante su reparación o sustitución en el caso de los bienes); reducción del precio; o resolución del contrato. En ambas Directivas se establece una jerarquía de remedios. Por regla general, el primer intento debe ser restablecer la conformidad de los bienes (contenidos o servicios digitales), solo entonces el consumidor podrá exigir una reducción proporcional del precio o la resolución del contrato. En este ámbito, los Estados miembros no pueden apartarse de las disposiciones de las Directivas. Esto significa que, tras la transposición, en algunos el nivel de protección disminuirá²⁶.

En Portugal, la cuestión ha sido objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial, que comenzó, de hecho, antes del Decreto-lei 67/2003, sobre compraventa de bienes de consumo. La Lei de Defesa do Consumidor (Lei núm. 24/96), en su versión original (art. 12), tampoco estableció, al menos expresamente, una jerarquía entre las medidas correctoras, siendo, sin embargo, menos claro que el Decreto-lei 67/2003 en el sentido de que no se refería expresamente a ninguna limitación en la elección de una de las medidas (con excepción de la imposibilidad y el abuso de derechos). En el sentido de la existencia de una jerarquía entre las distintas medidas correctoras se argumenta que el empresario tiene más conocimientos sobre el bien o servicio y que debe tener la posibilidad de elegir²⁷, que se debe dar preponderancia a las opciones que permitan el mantenimiento del contrato²⁸, que el art. 4 tiene un orden secuencial que no es arbitrario y que se debe hacer una interpretación de acuerdo con la directiva, imponiendo la jerarquía como solución de sentido común²⁹.

²⁶ HOWELLS, TWIGG-FLESNER y WILHELMSSON, *Rethinking...*, op. cit., p. 186.

²⁷ P. ROMANO MARTINEZ, «Compra e Venda e Empreitada», en *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, III, 2007, pp. 260-261.

²⁸ MENEZES LEITÃO, «O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo», en *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, pp. 37-73.

²⁹ CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 106.

La jurisprudencia osciló, en un primer momento, entre las dos soluciones, decidiendo a veces en el sentido de la existencia de una jerarquía, concluyendo a veces que el consumidor podía ejercer inmediatamente cualquiera de las medidas correctoras, con el límite del abuso del derecho, siendo dominante, en los últimos años, la jurisprudencia en este último sentido, es decir, en el sentido de la inexistencia de jerarquía³⁰. Aunque algunos de los argumentos indicados se basan en interesantes ideas *de iure constituendo*, la ley actual portuguesa parece clara, no solo en el sentido de que no hay orden entre las medidas correctoras, sino también en el sentido de que la elección recae en el consumidor³¹.

Este problema se atenúa en parte, en lo que respecta a la compra-venta de bienes gracias a la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que los consumidores puedan elegir un «medida correctora concreta» cuando la falta de conformidad de los bienes se manifieste en un plazo breve después de la entrega, que no podrá ser superior a treinta días (art. 3.7 DCV). Los Estados miembros podrán así disponer que el consumidor pueda resolver el contrato inmediatamente si la falta de conformidad se manifiesta en los primeros treinta días después de la entrega.

La solución que ahora impone la DCV, que consiste en una jerarquía de medidas correctoras, parece la más equilibrada si ponemos en perspectiva los distintos elementos de la cuestión. Además de los argumentos ya enumerados, a saber, los principios del *favor negotii* y de la proporcionalidad, esta solución parece ser la más sostenible desde el punto de vista ambiental³², ya que da prioridad a la reparación, al menos en relación con la resolución del contrato.

La principal diferencia entre ambas Directivas se debe a que la DCSD no menciona la reparación y la sustitución entre las medidas correctoras restaurativas de la conformidad de los contenidos o servicios digitales. La idea es que los conceptos de reparación y sustitución solo son adecuados para los bienes, lo cual es discutible. El consumidor puede exigir la restauración de la conformidad de los bienes o contenidos o servicios digitales y, en el caso de los bienes, puede elegir entre la reparación y la sustitución, con los límites de la imposibilidad o del coste desproporcionado (arts. 13.1, 2 y 3 DCV y 14.1 y 2 DCSD).

En la DCV, los límites indicados se aplican también a la elección entre la reparación y la sustitución, por una parte, y la reducción del precio y la resolución del contrato, por otra. Esto cambia la norma resultante de

³⁰ En este sentido, A. MOTA PINTO, «Venda de Bens de Consumo e Garantias - O Direito Vivido nos Tribunais», en *I Congresso de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 199, observa que la jurisprudencia sobre la priorización de los derechos parece «anticuada y ahora minoritaria». Para una lista exhaustiva de la jurisprudencia portuguesa en la materia, véase MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 318-323.

³¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 164, aunque no esté de acuerdo con la solución adoptada; A. CRISTAS, «Portuguese Contract Law: The Search for Regimes Unification?», *ERCL*, 5, 3, 2009, p. 359.

³² E. TERRY, «A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law», *ERPL*, 4, 2019, p. 858. Sobre la importancia del equilibrio entre la protección del consumidor y la sostenibilidad, V. MAK y E. LUJINOVIC, «Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets - Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example», *EuCML*, 1, 2019, p. 7.

la STJUE C-65/09, de 16 de junio de 2011, *Weber & Putz*, según la cual la legislación de la UE impide:

«Que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le impone costes desproporcionados en comparación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme»³³.

En un caso similar en el futuro, una vez que la DCV se haya transpuesto, la decisión será que el consumidor no puede exigir la sustitución si es desproporcionada para el vendedor.

Los bienes y los contenidos o servicios digitales deben ser repuestos en conformidad cumpliendo con determinados requisitos y, entre ellos, que se haga de forma gratuita.

Parece que STJUE C-52/18, de 23 de mayo de 2019, *Fülle* seguirá aplicándose en el contexto de las nuevas Directivas: «el derecho de los consumidores a la subsanación “sin cargo alguno” de faltas de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia no comprende la obligación de los vendedores de pagarles por anticipado a esos consumidores los gastos del transporte de dichos bienes, efectuado al objeto de su subsanación, a los domicilios sociales respectivos de los vendedores, a menos que el que el pago anticipado de dichos gastos por los consumidores constituya una carga tal que pueda disuadirlos de hacer valer sus derechos».

Además, el consumidor tiene derecho a obtener la subsanación sin ningún inconveniente significativo (arts. 14 DCV y 14.3 DCSD) y en un plazo razonable. El Cdo. 55 DCV permite que el concepto de plazo razonable para llevar a cabo una reparación o sustitución se interprete estableciendo plazos fijos para determinadas categorías de productos. No existe una declaración parecida en la DCSD.

Como puede leerse en el Cdo. 56 DCV, no se especifica dónde debe llevarse a cabo la reparación o la sustitución, que se deja en manos de la legislación nacional. El lugar en el que los bienes deben ser repuestos en conformidad, especialmente a través de la reparación, se discute en la mencionada STJUE C-52/18, de 23 de mayo de 2019, *Fülle*. Este caso se refería a una carpa de cinco por seis metros que no era conforme al contrato, y el consumidor pidió al vendedor que procediera a su subsanación en el domicilio del propio comprador. El vendedor desestimó las reclamaciones sobre la falta de conformidad y el consumidor resolvió el contrato. El TJUE llegó a la conclusión de que:

«En situaciones como la controvertida en el litigio principal, los consumidores que hayan informado a los vendedores de la falta de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia, la disposición de cuyo envío por parte de los consumidores a los domicilios sociales respectivos de los vendedores, podría suponer que los consumidores no quedarán libres de mayores

³³ CAUFFMAN, «New EU Rules...», *op. cit.*, p. 471.

inconvenientes, y que pusieron efectivamente los bienes en sus propios domicilios a disposición de los vendedores para que se subsanara su falta de conformidad, tienen derecho a resolver el contrato, debido a que no se ha llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, cuando los vendedores no hayan adoptado ninguna medida adecuada para proceder a dicha subsanación, incluida la de informar a los consumidores del lugar en que los bienes debían ponerse a su disposición a tal fin».

El art. 14.4 DCV sigue la regla establecida en la STJUE C-404/06, de 17 de abril de 2008, *Quelle*:

«El consumidor no será responsable de ningún pago por el uso normal hecho de los bienes sustituidos durante el periodo previo a su sustitución». En el Cdo. 57 se aclara que «el uso de los bienes debe considerarse normal cuando sea acorde con la índole y la finalidad de los bienes».

Teniendo en cuenta ambas Directivas, las medidas correctoras de reducción del precio o de resolución del contrato pueden ser exigidas, inmediatamente, en los siguientes casos: ausencia de un intento de reponer la conformidad de los bienes o contenidos o servicios digitales (ya sea porque es imposible o desproporcionado o por cualquier otra razón relacionada con el empresario); subsistencia de la falta de conformidad a pesar de un intento de poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios digitales; gravedad de la falta de conformidad; declaración (expresa o implícita) del empresario de que no pondrá los bienes o los contenidos digitales conformidad.

Las dos Directivas también hacen referencia a otras situaciones jurídicas. Por un lado, la suspensión del pago del precio, que está expresamente prevista en el art. 13.6 DCV. Por otro, el derecho a reclamar una indemnización. En relación con esto último, la redacción de las Directivas indica que los Estados miembros tienen una amplia libertad de regulación, pero el Cdo. 61 DCV parece ir un poco más allá, al afirmar que:

«El consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de los daños y perjuicios causados por una infracción que cometa un vendedor de lo dispuesto en la presente Directiva, incluidos aquellos sufridos como consecuencia de una falta de conformidad» y al señalar el derecho a una indemnización por interés contractual positivo («la indemnización debe colocar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los bienes hubieran sido conformes»).

IX. CONCLUSIÓN

Las DSCD y DCV son un reto importante para el Derecho de los consumidores a escala europea. Aunque la DCV concede más libertad a los Estados miembros que la DCSD, las similitudes entre las dos directivas son claramente más significativas que las diferencias. En cuanto a la venta de bienes de consumo, uno de los principales efectos de la DCV será la reducción del nivel de protección de los consumidores en muchos Estados miembros. En particular, ya no es posible conceder al consumidor la

posibilidad de resolver el contrato inmediatamente (salvo en los primeros treinta días después de la entrega).

La DCSD es innovadora en la medida en que los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no estaban regulados por la legislación de la UE. Plantea importantes desafíos, en particular en lo que se refiere a los datos. La calificación y la categorización de estos contratos también siguen sin resolverse. Los próximos años serán muy interesantes para el derecho del consumo, ya que se esperan cambios importantes en la legislación de los Estados miembros.