

INTERCAMBIOS DIGITALES EN EUROPA: LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVA SOBRE COMPRAVENTA EN LÍNEA Y SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Rosa Milà Rafel

Investigadora Juan de la Cierva-Incorporación

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El presente artículo tiene como objeto el análisis de las propuestas de Directiva de suministro de contenidos digitales y de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, presentadas por la Comisión Europea en diciembre de 2015. Estas Directivas tienen como finalidad contribuir a la creación de un mercado único digital en Europa, reduciendo la complejidad normativa mediante la armonización plena de las reglas esenciales de protección del consumidor en estos contratos. Por un lado, la Directiva de compraventa en línea (DirCL) únicamente se aplica a la compraventa de bienes a distancia. La principal crítica a la DirCL es que deja fuera a las ventas presenciales, fragmentando así las reglas aplicables a las compraventas de consumo. La DirCL armoniza los criterios de conformidad y la jerarquía de los remedios, introduce la resolución por defectos menores, así como novedades en materia de plazos. Por otro lado, la Directiva de suministro de contenidos digitales (DirSCD) colma la laguna existente en la actualidad a nivel europeo en la protección de los consumidores por faltas de conformidad de los contenidos digitales con el contrato. La propuesta adopta un concepto amplio de contenidos digitales, haciendo la regulación tecnológicamente neutra y resistente al paso del tiempo. La DirSCD armoniza plenamente los criterios de conformidad, la responsabilidad del proveedor por incumplimiento del suministro y por falta de conformidad, la jerarquía de remedios y las modalidades de ejercicio de estos remedios. Además, reconoce a los consumidores el derecho a resolver los contratos de larga duración y por modificaciones en las características principales de los contenidos digitales.

Palabras clave: mercado único digital, armonización plena, consumidor, compraventa en línea, contratos a distancia, contrato de suministro de contenidos digitales, conformidad, remedios, ejercicio de los remedios.

Title: Digital Single Market in Europe: the Proposals for Directives on contracts for online sales of goods and on the supply of digital content

Abstract: The aim of this paper is to analyse the proposals for Directives on contracts for the supply of digital content and for the online and other distance sales of goods, launched by the European Commission on December 2015. The purpose of the Directives is to create a single digital space in Europe, by decreasing the complexity of the legal framework establishing a full harmonised set of rules targeted to key consumer contractual rights. On one hand, the scope of the Online Sales of Goods Directive (ODSDir) only includes online sales and other distance sales of goods. The scope of the proposal has been highly questioned because face-to-face sales are not part of the Directive and, therefore, if it is accepted it will contribute to increase the fragmentation of the contractual remedies in consumer sales. The ODSDir provides for a full harmonisation of the conformity criteria for the goods and of the hierarchy of the remedies, introduces the consumer right to terminate the contract for minor breach and some noteworthy rules regarding the periods for the reversal of burden of proof and the legal guarantees. On the other hand, the Supply of Digital Content Directive (SDCDir) successfully fills the current legal gap at EU legal level regarding the consumer protection against digital content which is not in conformity with the contract. The proposal uses a broad notion of digital content, in order to accommodate the regulation to the fast technological developments. The SDCDir provides for a full harmonisation of the rules on the conformity of digital content with the contract, on the liability of the supplier for any failure to supply the digital content and for any lack of conformity, on the hierarchy of the remedies and on the modalities for the exercise of those remedies. Moreover, the proposal gives the right to terminate long-term contracts under certain conditions.

Keywords: Single digital market, full harmonisation, consumer, online sales of goods, distance contracts, contract for the supply of digital content, conformity, remedies, exercise of remedies.

SUMARIO. 1. Mercado Único Digital en Europa y armonización de la normativa sobre contratos de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales. 2. Antecedentes: la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL). 3. Características comunes de las propuestas de directiva de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales. 4. Propuesta de Directiva de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (DIRCL). 4.1. *Ámbito de aplicación material (art. 1.2 DirCL)*. 4.2. *Objeto (art. 1.1 DirCL)*. 4.3. *Conformidad de los bienes con el contrato y responsabilidad del vendedor en la DirCL (arts. 4 a 8 DirCL)*. 4.4. *Remedios del consumidor por falta de conformidad con el contrato (arts. 9 a 14 DirCL)*. 4.5. *Garantías comerciales (art. 15 DirCL)*. 5. Propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales (DIRSCD). 5.1. *Ámbito de aplicación material (art. 3 DirSCD)*. 5.2. *Objeto (art. 1 DirSCD)*. 5.3. *Modalidades y tiempo de suministro de los contenidos digitales (art. 5 DirSCD)*. 5.4. *Conformidad de los contenidos digitales con el contrato (arts. 6 a 10 DirSCD)*. 5.5. *Remedios del consumidor por incumplimiento de suministro y por falta de conformidad (arts. 11 a 14 DirSCD)*. 5.6. *Resolución del contrato por modificación de los contenidos digitales (art. 15 DirSCD) y en los contratos de larga duración (art. 16 DirSCD)*. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1. Mercado único digital en Europa y armonización de la normativa sobre contratos de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales

El pasado 9 diciembre de 2015, la Comisión publicó dos nuevas Propuestas de Directiva sobre protección de consumidores: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales¹ (en adelante, Directiva de suministro de contenidos digitales, DirSCD) 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 (en adelante, Directiva de compraventa en línea, DirCL)². Ambas propuestas se enmarcan en la estrategia para la creación de un mercado único digital en Europa (*Digital Single Market Strategy*), adoptada por la Comisión Europea en mayo de 2015. Esta estrategia tiene como objetivo convertir los 28 mercados digitales nacionales actuales en un mercado digital único europeo.

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre una estrategia para el mercado único digital de Europa³, de 6 de mayo de 2015, en la actualidad, la fragmentación y las barreras existentes en el mercado digital europeo impiden sacar el máximo partido a la capacidad de liderazgo de Europa en la economía digital mundial⁴. El primer pilar en el que se basa la Estrategia para un Mercado Único Digital es la mejora del acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea mediante la eliminación de los obstáculos que frenan el crecimiento del comercio electrónico transfronterizo en Europa⁵.

Para conseguir este objetivo la Comisión propone una serie de medidas entre las que se encuentra la eliminación de los obstáculos relacionados con el derecho contractual, ya sea mediante la supresión de las diferencias fundamentales existentes entre las veintiocho regulaciones nacionales de consumo sobre compraventa en línea, ya sea colmando el vacío legal en el acervo comunitario

¹ Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final.

² Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final.

³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6.5.2015 (COM (2015) 192 final). De acuerdo con este texto (p. 3), el mercado digital único es "aquél en el que la libre circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que las 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".

⁴ La COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, op. cit., p. 3, calcula que la eliminación de estas barreras comportaría un aumento del PIB europeo –en 415.000 millones de euros adicionales–, la ampliación de mercados y la promoción de mejores servicios a mejores precios, la creación de nuevas formas de empleo, nuevas oportunidades y el crecimiento para las empresas que se podrían beneficiar de un mercado de más de 500 millones de personas.

⁵ El segundo pilar es crear las condiciones adecuadas y equitativas para las redes digitales avanzadas y los servicios innovadores y el tercer pilar es aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital.

a nivel de la UE sobre determinados aspectos del contrato de suministro de contenidos digitales, para los que actualmente no existe normativa⁶.

En efecto, de acuerdo con la Comisión, en la actualidad, uno de los factores que frena a los consumidores a comprar bienes en línea y a adquirir contenidos digitales fuera de sus mercados domésticos es la inseguridad sobre cuáles son sus derechos contractuales esenciales y la falta de un marco contractual claro para los contenidos digitales en los distintos Estados Miembros, de modo que no aprovechan el potencial que supone tener acceso a una oferta más amplia a unos precios más competitivos.

De acuerdo con el considerando 7 DirCL, esta incertidumbre está presente con independencia de que los consumidores estén o no protegidos por las reglas contractuales imperativas de su propio Estado Miembro como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el artículo 6.1 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 (en adelante, Reglamento Roma I).

Por otro lado, las diferencias normativas también desincentivan a las empresas, especialmente a las pequeñas y medianas, a vender en línea o suministrar contenidos digitales más allá de su mercado doméstico. Conforme lo establecido en el Reglamento Roma I, las empresas que por cualquier medio dirijan actividades comerciales o profesionales a consumidores de otros Estados Miembros necesitan tener en cuenta las reglas contractuales de protección de consumidores imperativas en el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.1 Reglamento Roma I). Debido a que estas reglas divergen en los diferentes Estados Miembros, las empresas tienen que afrontar el coste de adaptar sus contratos a las reglas de protección de consumidores imperativas en los distintos Estados Miembros⁷. En consecuencia, muchas prefieren continuar vendiendo en su país o sólo exportar a uno o más Estados Miembros, lo cual comporta perder oportunidades de expansión comercial y economías de escala⁸.

Con las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales presentadas en diciembre de 2015, la Comisión Europea pretende crear "normas uniformes con derechos de los consumidores claros" para este tipo de contratos. Lo cual, por un lado, reducirá la incertidumbre

⁶ El resto de medidas anunciadas por la Comisión dirigidas a mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea son: 1) Puesta en marcha de "medidas para mejorar la transparencia de los precios y fomentar la supervisión normativa de la entrega de [paquetería transfronteriza]"; 2) Presentación de "propuestas legislativas en el primer semestre de 2016 para acabar con el bloqueo geográfico injustificado", en particular, la Comisión presentó el 9 de diciembre de 2015, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (COM (2015) 627 final); 3) Presentación "de propuestas legislativas antes de finales de 2015 para reducir las diferencias entre los regímenes de derechos de propiedad intelectual nacionales y permitir un mayor acceso en línea a las obras"; y 4) Presentación "de propuestas legislativas para reducir la carga administrativa de las empresas derivada de la existencia de distintos regímenes de IVA".

⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión ...*, p. 4 y EM DirCL, p. 5.

⁸ Cdo. 6 DirCL.

a la que se enfrentan consumidores y empresas como consecuencia de la complejidad del marco jurídico y, por el otro, eliminará los costes en los que incurren las empresas como consecuencia de las diferencias en los derechos contractuales nacionales⁹.

2. Antecedentes: la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)

Las propuestas de Directiva de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales están basadas en la experiencia adquirida durante las negociaciones de la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea¹⁰ (*Common European Sales Law*) (en adelante, CESL), publicada el 11 de octubre de 2011. La propuesta de Reglamento tenía como finalidad superar las trabas al comercio transfronterizo relacionados con el Derecho contractual¹¹. Tras diferentes obstáculos en el proceso legislativo, la propuesta de Reglamento fue abandonada por la Comisión a finales de 2014, para trabajar en las nuevas propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales¹².

En particular, tal como expresa el Considerando 9 del Reglamento, el CESL "armoniza[ba] los Derechos contractuales de los Estados miembros no imponiendo modificaciones a las normativas contractuales nacionales vigentes, sino creando dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que entr[aran] dentro de su ámbito de aplicación. Este segundo régimen debe[ía] ser idéntico en toda la Unión y coexistir con las normas de derecho nacional en vigor".

La normativa común de compraventa europea debía aplicarse a los contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados sobre una base voluntaria, previo acuerdo expreso de las partes. En otras palabras, la elección de la normativa común de compraventa europea requería un acuerdo al efecto entre las partes. En cuanto el ámbito de aplicación personal, el Reglamento se aplicaba a los contratos celebrados entre una empresa y un consumidor y a los contratos entre empresas en los que al menos una de las partes fuera una PYME (art. 7). En particular, en los contratos entre una empresa y un consumidor, la elección del Reglamento sólo era válida si el consumidor expresaba su consentimiento mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se acordaba celebrar el contrato (art. 8).

⁹ EM DirCL y EM DirSCD.

¹⁰ COM (2011) 635 final.

¹¹ Cdo. 8 CESL.

¹² El 16 de diciembre de 2014, la Comisión anunció su voluntad de modificar o abandonar la Propuesta de CESL (Anexo 2 de la *Commission Work Programme 2015*, COM (2014) 910 final, 16.2.2014, p. 12).

El anexo I del Reglamento contenía el texto de la normativa común de compraventa europea, que consistía en un conjunto exhaustivo de normas que abarcaban todo el ciclo de vida del contrato¹³; y el anexo II del Reglamento contenía la ficha informativa estándar sobre la normativa común de compraventa europea que el comerciante debía facilitar al consumidor antes de la celebración de un acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea¹⁴.

Tras la primera lectura del CESL, el Parlamento Europeo introdujo modificaciones en el texto recogidas en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea¹⁵. Con posterioridad, estas modificaciones han sido tenidas en cuenta por la Comisión en la redacción de las propuestas de Directiva de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales¹⁶.

3. Características comunes de las propuestas de Directiva de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales

Las propuestas de Directiva de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales presentan las siguientes características comunes:

- a) *Directivas de armonización plena con normas centradas en aspectos clave del derecho contractual de consumo que limitan el comercio electrónico*

En cuanto al instrumento jurídico elegido, la Comisión abandona en las propuestas de Directiva de compraventa en línea y de suministro de contenidos digitales el enfoque adoptado previamente en el CESL. Se pasa pues de una propuesta de reglamento con un conjunto exhaustivo y detallado de normas que abarca toda la vida del contrato a dos propuestas de directiva que contienen un conjunto de normas que se refieren únicamente a aquellos aspectos clave del derecho contractual de consumo que limitan el comercio electrónico, dejando libertad a los Estados miembros para adaptar la implementación de la nueva regulación a su legislación nacional¹⁷. Además, la regulación ya no se configura como un régimen

¹³ Véase Fernando GÓMEZ POMAR y Marian GILI SALDAÑA, "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *InDret 1/2012*, que analizan algunas las reglas del CESL.

¹⁴ EM CESL.

¹⁵ COM(2011)0635- C7-0329/2011 - 2011/0284(COD) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura).

¹⁶ EM DirCL y EM DirSCD.

¹⁷ Ambas Directivas señalan que "[e]n la medida en que no esté regulado por la presente Directiva, esta no afectará al derecho contractual nacional en general, como pueden ser las normas sobre la celebración, la validez o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la resolución del contrato" (arts. 1.4 DirCL y 3.9 DirSCD). Por ejemplo, la DirSCD no determina si el contrato de suministro debe considerarse como un contrato de compraventa, de servicios, de arrendamiento o un contrato sui generis; dejando esta decisión al criterio de los Estados Miembros.

opcional –modelo seguido en el CESL–, pues ambas directivas son de armonización plena y sus normas son de aplicación imperativa en los contratos incluidos en su ámbito de aplicación. En consecuencia, los Estados Miembros no podrán mantener o introducir disposiciones contrarias a las fijadas en las Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel diferente de protección de los consumidores¹⁸.

b) Ámbito de aplicación personal

En cuanto al ámbito de aplicación personal de ambas Directivas, es preciso que el vendedor de bienes y el proveedor de contenidos digitales sea un empresario y que el comprador sea un consumidor (B2C). A diferencia del CESL, las propuestas de Directiva analizadas no son de aplicación cuando el comprador sea una pequeña o mediana empresa (PYME)¹⁹. La definición de consumidor es idéntica en ambas directivas y exige que se trate de una “persona física” (arts. 2.b DirCL y 2.4 DirSCD), por lo que se excluyen las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial²⁰.

c) Carácter imperativo a favor del consumidor

Ambas Directivas tienen carácter imperativo a favor del consumidor, pues, salvo que establezcan otra cosa, cualquier término contractual que excluya la aplicación de los requisitos contenidos en las Directivas o limite sus efectos en perjuicio del consumidor no es vinculante para este (arts. 18 DirCL y 19 DirSCD).

d) Acción de regreso a favor del vendedor o suministrador

Por último, ambas Directivas reconocen al vendedor o proveedor responsable de la falta de conformidad o del incumplimiento en el suministro, en el caso de los contratos de suministro de contenidos digitales, una acción de regreso frente a las personas responsables situadas en eslabones anteriores en la cadena de transacciones. Es la legislación nacional la que “determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes” (arts. 16 DirCL y 17 DirSCD).

¹⁸ Arts. 3 DirCL y 4 DirSCD.

¹⁹ El motivo es de acuerdo con la EM de la propuesta de DirCL que “durante la realización de la evaluación de impacto que acompaña a las propuestas no se identificaron problemas B2B”. En cambio, la EM de la DirSCD señala que “los problemas relacionados con el derecho contractual en las relaciones entre empresas, especialmente en relación las necesidades específicas de las PYME, han sido identificadas en la Estrategia para un Mercado Único Digital, y serán analizados en el contexto de otras acciones anunciadas en la Estrategia”.

²⁰ Incluidas en el derecho español en la definición general de consumidor y usuarios del art. 3 del TRLGDCU.

4. Propuesta de Directiva de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (DirCL)

4.1. Ámbito de aplicación material (art. 1.2 DirCL)

El ámbito de aplicación material de la Directiva de compraventa en línea es, de acuerdo con su artículo 1, los contratos de compraventa:

- Que tengan por objeto bienes muebles materiales. Con todo, la Directiva no se aplica a bienes como DVD y CD, pues se excluye el “soporte duradero que incorpore contenidos digitales cuando el soporte duradero se haya utilizado exclusivamente como soporte para el suministro de los contenidos digitales al consumidor” (art. 1.3 DirCL). Si el contrato contempla tanto la compraventa de bienes como la prestación de servicios, la Directiva se aplicará únicamente a la compraventa de bienes (art. 1.2 DirCL).
- En cuanto el método de celebración del contrato, se exige que este se haya celebrado a distancia²¹, ya sea en línea o mediante otros métodos de venta a distancia, como teléfono o correo postal.

4.2. Objeto (art. 1.1 DirCL)

La Directiva tiene por objeto armonizar determinados aspectos de los contratos descritos en el apartado anterior y, en particular, las normas sobre conformidad del producto, los remedios en caso de falta de conformidad y las modalidades para el ejercicio de dichos remedios (art. 1.1 DirCL).

a) Legislación de la UE que regula esta materia en la actualidad: Directiva 1999/44/CE

La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en cuyas normas se basa la propuesta de Directiva sobre compraventa en línea, ya armonizó, respecto de la compraventa de bienes de consumo, los criterios para determinar la conformidad de los bienes con el contrato, los remedios en caso de falta de conformidad y las modalidades de ejercicio de los mismos. Esta es aplicable con independencia de la modalidad de celebración del contrato, ya sea en línea o presencial (art. 1.1 Directiva 1999/44/CE).

Sin embargo, la Directiva 1999/44/CE únicamente garantiza un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores, estando los

²¹ De acuerdo con el art. 2.e) DirCL “contrato de compraventa a distancia” es “todo contrato de compraventa celebrado siguiendo un plan organizado a distancia sin la presencia física simultánea del vendedor y del consumidor, por medio del uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia, incluido internet, hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento”.

Estados miembros autorizados a mejorar los estándares establecidos mediante la introducción de reglas que garanticen un nivel de protección superior al consumidor (art. 1.1 Directiva 1999/44/CE). Ello ha comportado que, en la actualidad, las legislaciones nacionales que la transponen regulen de manera divergente algunos elementos esenciales del contrato de compraventa de consumo, tales como: si se prevé o no una jerarquía entre los remedios disponibles en caso de falta de conformidad, cuál es la duración del período de garantía y del período de inversión de la carga de la prueba o si es perceptiva o no la notificación del defecto al vendedor²².

b) Armonización plena de algunos aspectos de la compraventa en línea y modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44/CE

Con el objetivo de eliminar las mencionadas diferencias en las legislaciones nacionales, la propuesta de Directiva de compraventa en línea armoniza plenamente determinados aspectos de los contratos de compraventa de consumo, pero únicamente respecto de aquellos celebrados a distancia, ya sea en línea o por otros medios. La armonización plena presenta la ventaja del establecimiento de un conjunto de normas uniformes con derechos claros de los consumidores en todos los Estados Miembros, de manera que se crea un marco propicio para las empresas. Desde el punto de vista del nivel de protección al consumidor, la armonización plena que proyecta la DirCL se valora positivamente, pues en la mayoría de Estados miembros supondrá aumentar o bien mantener el nivel de protección que en la actualidad ofrecen a los consumidores las legislaciones nacionales.

Sin embargo, ello no es así en todos los casos y, particular, en aquellos Estados miembros en los que la legislación nacional actualmente reconoce una protección superior a la que establecerá la DirCL en caso de ser aprobada. La armonización plena de estas normas impedirá mantener en la legislación nacional esta protección superior. Por ejemplo, en la actualidad en el Reino Unido el plazo de garantía en las compraventas de consumo es seis años, pues su legislación nacional amplió el plazo mínimo de dos años exigido por la Directiva 1999/44/CE. En cambio, el plazo uniforme de garantía para las compraventas de consumo en línea previsto en la DirCL es de dos años. En consecuencia, la aprobación de la DirCL obligará a modificar la legislación inglesa en este punto, con la consiguiente pérdida de derechos para los consumidores ingleses²³.

Además, en caso de ser aprobada, la Directiva de compraventa en línea modificará el artículo 1 de la Directiva 1999/44/CE ("ámbito de

²² Cdo. 5 DirCL.

²³ En este sentido se pronunció el Prof. Hugh Beale, en su ponencia "New EU Rules for digital contracts. Remedies and exercise of remedies", en la conferencia de *New EU Rules for digital contracts*, organizada por la *Academy of European Law*, en Bruselas el 18 de febrero de 2016.

aplicación y definiciones”), en el sentido de excluir de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa a distancia.

De acuerdo con el art. 19.1.a) DirCL el apartado 1 del art. 1 de la Directiva 1999/44/CE queda sustituido por el siguiente: “1. La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre determinados aspectos de **los contratos para** la venta y de las garantías de los bienes de consumo, **que no son contratos de venta a distancia**, con el fin de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior”.

c) *Crítica a la fragmentación de las reglas aplicables a las compraventas de consumo*

La principal crítica que ha recibido la propuesta de Directiva de compraventa en línea es que deja fuera de la armonización plena a las ventas presenciales. En consecuencia, la eventual aprobación de la propuesta en su versión actual conllevará la fragmentación de la regulación de protección de consumidores aplicable a las ventas de bienes de consumo. Por un lado, la Directiva 1999/44/CE continuará regulando las ventas presenciales; y, por otro lado, las disposiciones de la Directiva sobre compraventa en línea se aplicarán a las ventas de bienes en línea y al resto de ventas a distancia de bienes.

Ello resulta criticable porque, por lo general, carece de justificación regular de manera distinta la protección del consumidor de un determinado bien dependiendo de si lo ha adquirido en línea o de manera presencial y, más, teniendo en cuenta “la creciente importancia del modelo de distribución omnicanal (es decir, vender el mismo tiempo a través de múltiples canales...)”.²⁴ En este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo en su resolución, de 19 de enero de 2016, sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado Único Digital» (2015/2147(INI)) según la cual:

“las propuestas de la Comisión relativas a normas contractuales transfronterizas dirigidas a los consumidores y empresas deben evitar el riesgo de una disparidad creciente entre las normas jurídicas aplicables a las compras en línea y fuera de línea”²⁵.

Con todo, la Comisión, tal como señala la EM DirCL, se compromete a adoptar medidas para evitar el riesgo que existan normas relativas a las ventas a distancia que sean diferentes de las normas aplicables a las ventas presenciales. Una posibilidad sería que durante el proceso

²⁴ EM DirCL.

²⁵ Texto de la edición provisional de la resolución. En esta línea, véase también Jan M SMITS (2016), “The New EU Proposal for Harmonised Rules for the Online Sales of Tangible Goods (COM (2015) 635): Conformity, Lack of Conformity and Remedies”, *Maastrich European Private Law Institute, Working Paper*, 2016/1, p. 7. Recuperado 20 de mayo de 2016: <http://ssrn.com/abstract=2731811>.

legislativo el ámbito de aplicación material de la Directiva sea ampliado para incluir las compraventas de consumo presenciales²⁶.

d) No se ocupa de las materias reguladas en la Directiva 2011/83/UE y en la Directiva 2000/31/UE, que complementa

Si la propuesta de Directiva de compraventa línea es finalmente aprobada las reglas contenidas en las misma vendrán a complementar las normas que ya fueron armonizadas por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores²⁷ y por 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 interior²⁸, pues las materias reguladas en las mismas son distintas.

Por un lado, la Directiva 2011/83/UE armonizó plenamente algunas disposiciones aplicables a la compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (art. 4). Principalmente, las reglas sobre información precontractual y sobre el derecho de desistimiento (arts. 6 y 8 a 16 del Capítulo III "Información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento"); así como las condiciones de entrega (Capítulo VI "otros derechos de los consumidores").

Por otro lado, la Directiva 2000/31/CE comportó la armonización de mínimos (art. 1.3) de las disposiciones nacionales aplicables a los contratos por vía electrónica (sección 3). En particular, regula, entre otros, los derechos de información detallados de las partes que celebran un contrato electrónico, que son obligatorios en caso de contratos de consumo, pero pueden ser no exigidos si las dos partes profesionales así lo acuerdan (art. 10)²⁹.

4.3. Conformidad de los bienes con el contrato y responsabilidad del vendedor en la DirCL (arts. 4 a 8 DirCL)

a) Criterios de conformidad de los bienes con el contrato (arts. 4 a 7 DirCL)

²⁶ En este sentido se pronunció Věra JOUROVÁ, Comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, en la conferencia de *New EU Rules for digital contracts*, organizada por la *Academy of European Law*, en Bruselas el 18 de febrero de 2016.

²⁷ 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. La Directiva 2011/83/UE fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

²⁸ Transpuesta en España por la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, esencial en la regulación de la contratación electrónica.

²⁹ Rafal MANKO, *Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new online consumer sales law?, In-depth analysis*, European Parliamentary Research Service, September 2015, p. 11.

La propuesta de Directiva de compraventa en línea armoniza plenamente los criterios de conformidad de los bienes, partiendo de las normas de la Directiva 1999/44/CE y del CESL, “con el fin de aportar claridad sobre lo que un consumidor puede esperar de los bienes y cuál sería la responsabilidad del vendedor en caso de no entregar lo que se espera”³⁰. El artículo 4 DirCL establece los criterios de conformidad que deben cumplir los bienes para ser conformes con el contrato, con una combinación de criterios subjetivos y objetivos. En particular, la conformidad del bien con el contrato debe evaluarse teniendo en cuenta:

- i. *Aquello prometido en el contrato o en cualquier declaración precontractual que forme parte de las cláusulas contractuales (art. 4.1 DirCL)*. De acuerdo con el art. 4.1 DirCL: “el vendedor garantizará, de conformidad con el contrato, que los bienes se entregarán, cuando proceda:
 - a) en la cantidad, con la calidad y la descripción requeridas por el contrato, lo que incluye, cuando el vendedor presente una muestra o un modelo al consumidor, que los bienes poseerán la calidad de y se corresponderán con la descripción de esta muestra o modelo;
 - b) aptos para el uso concreto requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor haya aceptado,
 - c) con las cualidades y prestaciones indicadas en cualquier declaración precontractual que forme parte de las cláusulas contractuales”.
- ii. *Los requisitos de conformidad establecidos en los artículos 5, 6 y 7 DirCL (art. 4.2 DirCL), en defecto de acuerdo válido de exclusión (art. 4.3 DirCL)*. Como norma por defecto, para ser conformes con el contrato los bienes no solo deberán satisfacer los términos contractuales, sino también los requisitos de conformidad establecidos en los artículos 5, 6 y 7 (art. 4.2 DirCL). Los criterios contenidos en los mencionados preceptos son los siguientes:
 - *Requisitos para la conformidad de los bienes (art. 5 DirCL)*: los criterios objetivos para la conformidad responden al nivel habitualmente esperado de los bienes. En particular, los criterios hacen referencia a aquello que el consumidor pueda razonablemente esperar en términos de idoneidad del bien “para todos los fines a los que ordinariamente se destinen los bienes del mismo tipo” [art. 5.a) DirCL]; de accesorios, como embalaje, instrucciones de instalación o de otro tipo [art. 5.b) DirCL]; y de cualidades y capacidades de rendimiento normales en bienes del mismo tipo [art. 5.c) DirCL]³¹.

³⁰ Cdo. 19 DirCL.

³¹ En particular, de acuerdo con el art. 5.c) DirCL: “los bienes cuando proceda: tendrán las cualidades y capacidades de rendimiento normales en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda esperar dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor

- *Instalación incorrecta (art. 6 DirCL)*: este precepto, equivalente al artículo 5 Directiva 1999/44/CE, establece que cualquier falta de conformidad resultante de una instalación incorrecta de los bienes debe considerarse una falta de conformidad si el motivo de la instalación incorrecta es imputable al vendedor: ya sea porque “los bienes fueron instalados por el vendedor o bajo su responsabilidad” [art. 6.a) DirCL]; o “por el consumidor y su incorrecta instalación se debió a una deficiencia en las instrucciones de instalación” [art. 6.b) DirCL].

- *Derechos de terceros (art. 7 DirCL)*: “los bienes deben estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato”. En consecuencia, los defectos legales también constituyen una falta de conformidad, pues “pueden impedir de forma efectiva que el consumidor disfrute de los bienes conformes al contrato, cuando el titular del derecho le obligue debidamente a dejar de infringir dichos derechos”³².

Los criterios de conformidad de los artículos 5, 6 y 7 DirCL son de aplicación, salvo que las partes hayan pactado válidamente su exclusión³³. Así se reconoce en el considerando 22 DirCL, de acuerdo con el cual la Directiva garantiza “la libertad contractual en relación con los criterios de conformidad con el contrato”, por lo que las partes pueden establecer excepciones a las normas imperativas sobre criterios de conformidad. Ahora bien, con la finalidad de evitar la “elusión de la responsabilidad por la falta de conformidad y garantizar un alto nivel de protección de los consumidores”³⁴, la DirCL establece limitaciones a este tipo de pactos. Cualquier acuerdo que establezca excepciones a la aplicación de los artículos 5 (requisitos para la conformidad de los bienes) y 6 (incorrecta instalación) que sea perjudicial para los intereses

o en nombre de este u otras personas en fases anteriores de la cadena de transacciones, incluido el productor, a menos que el vendedor demuestre:

- i) que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera tal declaración;
- ii) que la declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato, o que la declaración no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes.
- iii) que la declaración no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes”.

³² Cdo. 21 DirCL.

³³ En este punto la DirCL difiere de la Directiva 1999/44/CE, que tal como pone de relieve Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, “Comentario a los artículo 116”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 1445, ha sido interpretada en el sentido que “los criterios legales de integración sólo entran en juego en defecto de pacto entre las partes”. Sigue, en cambio, la aproximación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, que “sí aclara que los criterios de conformidad entran en juego “salvo que las partes hayan pactado otra cosa” (art. 35.2)”.

³⁴ Cdo. 22 DirCL.

del consumidor, "solo será válido si, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor conocía las condiciones específicas de los bienes y los aceptó como conformes con el contrato en el momento de su celebración" (art. 4.3 DirCL).

b) Responsabilidad del vendedor por falta de conformidad y momento relevante para determinar la conformidad (arts. 8.1 y 2 DirCL)

El artículo 8 DirCL establece la responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad con el contrato. El precepto pretende mejorar la seguridad jurídica mediante la especificación del momento en que deben darse las condiciones de la falta de conformidad para que el vendedor sea responsable. El momento de evaluación de la conformidad de los bienes se fija:

- Por regla general, en el momento de transmisión del riesgo, es decir, cuando el consumidor o un tercero designado por este, incluido un transportista elegido por el consumidor, adquiere la posesión material de los bienes³⁵.
- En el caso en que los bienes deban ser instalados, el momento para determinar la conformidad depende de si debían ser instalados: por el vendedor o bajo su responsabilidad, en cuyo caso la conformidad se fija en el momento que se completa la instalación; o si en cambio, el responsable era el consumidor, en cuyo caso se determina una vez el consumidor haya dispuesto de un plazo razonable para la instalación, pero en ningún caso después de los 30 días siguientes al momento de la transferencia del riesgo.

4.4. Remedios del consumidor por falta de conformidad con el contrato (arts. 9 a 14 DirCL)

a) Jerarquía de los remedios del consumidor por falta de conformidad con el contrato (art. 9 DirCL)

Según la Directiva, en la actualidad, uno de los principales obstáculos que inhiben el Mercado Único Digital son las diferencias en las legislaciones nacionales que transponen la Directiva 1999/44/CE en relación con la existencia o ausencia de un orden de jerarquía entre los distintos remedios reconocidos al consumidor³⁶. Por ello, el artículo 9 DirCL enumera los remedios del consumidor en caso de falta de conformidad y armoniza plenamente el orden en el que podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad por el vendedor:

- En primer lugar, el consumidor tiene derecho a la *reparación o sustitución de los bienes* (art. 9.1 DirCL), en un plazo de tiempo

³⁵ Esta regla es coherente con el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE.

³⁶ Cdo. 5 y 26 DirCL.

razonable y sin mayores inconvenientes. La determinación de qué se entiende por plazo razonable debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la falta de conformidad (art. 9.2 DirCL).

- En segundo lugar, el consumidor tiene derecho a una *reducción del precio o a resolver el contrato*, si la falta de conformidad no ha sido o no puede ser saneada mediante reparación o sustitución (art. 9.3 DirCL). Destaca el supuesto en el que "el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución en un plazo razonable"³⁷. El considerando 28 de la DirCL precisa que "si una vez transcurrido el plazo razonable el vendedor no ha logrado subsanar la falta de conformidad, el consumidor no debe estar obligado a aceptar otras alternativas ofrecidas por el vendedor en relación la misma falta de conformidad".
- Además, en cualquier caso el consumidor tendrá derecho a retener el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que los bienes sean puestos en conformidad por el vendedor (art. 9.4 DirCL). Este derecho no está contemplado en la Directiva 1999/44/CE³⁸.

b) *Modalidades de ejercicio de los remedios (arts. 10 a 13 DirCL)*

La Directiva de compraventa en línea armoniza plenamente algunas normas relativas a las modalidades de ejercicio de los remedios. En particular:

- *Sustitución de los bienes por el vendedor (art. 10 DirCL)*: si subsana la falta de conformidad con el contrato mediante la sustitución, el vendedor está obligado a recuperar los bienes sustituidos a sus expensas [art. 10.1 DirCL]. Además, el consumidor no está obligado a pagar el uso realizado de los bienes sustituidos antes de la sustitución [art. 10.3 DirCL].
- *Opción del consumidor entre reparación o sustitución (art. 11 DirCL)*: el consumidor puede elegir entre la reparación o la sustitución, excepto cuando la opción elegida sea imposible, ilegal o desproporcionada en comparación con la otra opción disponible. Así, por ejemplo, podría

³⁷ Además, de acuerdo con el art. 9.3 DirCL: "... si:

- a) la reparación o sustitución son imposibles o ilegales;
- b) (...)
- c) la reparación o la sustitución causarían inconvenientes mayores para el consumidor; o
- d) el vendedor ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que el vendedor no pondrá los bienes en conformidad con el contrato en un plazo razonable".

³⁸ Si bien, tal como pone de manifiesto, MARÍN LÓPEZ, *Comentario a los artículo 118*, op. cit., p. 1487, sí que está reconocido en el derecho de consumo de algunos Estados miembros. En el derecho español, no está regulado expresamente en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), pero los tribunales lo han deducido de los arts. 1100.III y 1124 CC.

resultar desproporcionado solicitar la sustitución de un bien que presenta un rasguño si este puede repararse fácilmente³⁹. Además, el precepto establece los criterios para evaluar si la opción elegida es desproporcionada en comparación con la otra opción disponible. Los criterios son equivalentes a los previstos en el artículo 3.3 de la Directiva 1999/44/CE.

- *Reducción del precio (art. 12 DirCL):* se prevé cómo calcular la reducción del precio.
- *Resolución del contrato y consecuencias (art. 13 DirCL):* se reconoce al consumidor el derecho a resolver el contrato:
 - i. También en caso de defectos menores, si la reparación o la sustitución no son factibles o han fracasado. Esta es una de las novedades importantes de la DirCL respecto de la Directiva 1999/44/CE, cuyo artículo 3.3 excluye el derecho a “resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia”⁴⁰. La finalidad del reconocimiento de este derecho también por defectos menores es generar un fuerte incentivo al vendedor para subsanar todos los casos de falta de conformidad temprana⁴¹.
 - ii. Se debe ejercitar mediante notificación al vendedor por cualquier medio (art. 13.1 DirCL).
 - iii. En caso de adquisición de múltiples bienes en un mismo contrato, si la falta de conformidad afecta sólo a algunos de los bienes, el artículo 13.2 DirCL especifica que, por regla general, la resolución debe ser parcial. Ahora bien, excepcionalmente, si la falta de conformidad afecta al artículo principal, el consumidor también tiene el derecho a resolver el contrato en relación con los elementos accesorios, aunque estos sean conformes con el contrato⁴².
 - iv. En cuanto a las consecuencias de la resolución, el artículo 13.3 DirCL impone a las partes la obligación de restituir lo que hayan recibido: por un lado, el vendedor está obligado a reembolsar el precio recibido del consumidor en un plazo máximo de 14 días [art. 13.3.a) DirCL] y, por el otro, el consumidor a restituir los bienes defectuosos, a expensas del vendedor, también en un plazo máximo de 14 días [art. 13.3.b) DirCL]⁴³.
 - v. Si la devolución de los bienes es imposible debido a su destrucción o pérdida, el consumidor debe pagar el valor monetario de los mismos,

³⁹ Cdo. 27 DirCL.

⁴⁰ En el derecho español esta norma se encuentra en el art. 121 TRLGDCU.

⁴¹ Cdo. 29 DirCL.

⁴² Cdo. 29 DirCL.

⁴³ Cdo. 30 DirCL.

excepto si la destrucción o pérdida se debieran a la falta de conformidad de los bienes con el contrato [art. 13.3.c) DirCL]. Además, también se prevé la obligación del consumidor a pagar la reducción del valor de los bienes, si bien únicamente en la medida en que la disminución exceda de la depreciación por uso normal [art. 13.3.d) DirCL].

c) *Plazos (arts. 8.3 y 14 DirCL)*

La DirCL regula tres plazos: el plazo de garantía dentro del cual ha de manifestarse la falta de conformidad (art. 14, *ab initio*, DirCL); el plazo de reclamación o ejercicio de los derechos (art. 14, *in fine*, DirCL); y el plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad, que amplía respecto el regulado en la Directiva 1999/44/CE (art. 8.3 DirCL). Además, a diferencia de la Directiva 1999/44/CE, la DirCL no prevé la posibilidad que los Estados miembros impongan al consumidor la obligación de notificar el defecto al vendedor dentro de un plazo determinado a contar desde la detección del mismo.

- *Plazo de garantía dentro del cual ha de manifestarse la falta de conformidad (art. 14, ab initio, DirCL)*: el artículo 14 mantiene el límite temporal de dos años dentro del cual debe manifestarse la falta de conformidad para que el consumidor pueda exigir al vendedor que el bien sea puesto en conformidad⁴⁴. Si bien el plazo de dos años coincide con el previsto en el artículo 5.1 Directiva 1999/44/CE, esta última es de armonización mínima⁴⁵.
- *Plazo de prescripción del ejercicio de los derechos (art. 14, in fine, DirCL)*: dicho precepto equivale al artículo 5.1, *in fine*, Directiva 1999/44/CE. El plazo de prescripción de ejercicio de los derechos puede existir o no en el derecho nacional, pero si existe no podrá ser inferior a dos años desde el plazo pertinente para establecer la conformidad con el contrato⁴⁶.
- *Ampliación del plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad (art. 8.3 DirCL)*. Una de las novedades destacadas de la propuesta de Directiva de compraventa en línea es la ampliación del plazo durante el cual se presume la preexistencia de la falta de conformidad y, por tanto, durante el que la carga de la prueba de la falta de conformidad se invierte a favor del consumidor. En la actualidad, las legislaciones nacionales que transponen la Directiva 1999/44/CE regulan

⁴⁴ De acuerdo con el cdo. 32 DirCL se opta por el plazo de dos años porque "la gran mayoría de los Estados miembros han previsto un plazo de dos años al implementar la Directiva 1999/44 y en la práctica los participantes del mercado lo consideran un plazo razonable, este plazo debe mantenerse" (cdo. 32 DirCL).

⁴⁵ Sobre las consecuencias de la armonización plena de este plazo en algunos Estados miembros véase el apartado 4.2.b).

⁴⁶ En consecuencia, el art. 123.4 TRLGDCU podría ser mantenido en su tenor actual, pues prevé que "la acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en el capítulo II de este título prescribirá a los tres años desde la entrega del producto."

de manera divergente la duración de dicho plazo, pues algunos Estados miembros, como España, han mantenido la duración mínima de seis meses prevista en el artículo 5.3 Directiva 1999/44/CE, mientras que otros Estados miembros lo han ampliado.

El período durante el cual el vendedor tiene esta carga de la prueba será ahora extendido por el art. 8.3 DirCL a dos años para las compraventas en línea y otras ventas de bienes a distancia. La duración del mencionado plazo es idéntica a la del plazo de tiempo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad. Según el considerando 33 DirCL, ello es necesario "para garantizar una mayor sensibilización de los consumidores y una aplicación más sencilla de la normativa de la Unión". Además, en la actualidad, la regla del artículo 5.3 Directiva 1999/44/CE tiene poca aplicación práctica, pues las empresas no suelen exigir al consumidor que pruebe que el defecto existía en el momento de la entrega una vez transcurridos los seis meses y muchos Estados miembros ya han ampliado el plazo a dos años⁴⁷.

- *Eliminación de la obligación de notificar el defecto al vendedor dentro de un plazo determinado a contar desde la detección del mismo.* A diferencia de la Directiva 1999/44/CE, la DirCL no prevé la posibilidad que los Estados miembros establezcan la obligación del consumidor de notificar el defecto al vendedor dentro de un plazo determinado a contar desde la detección del mismo. En la actualidad, algunas legislaciones nacionales de transposición de la Directiva 1999/44/CE contienen esta previsión. En el ordenamiento jurídico español, está contemplada en el artículo 123.5 TRLGDCU⁴⁸. La aprobación de la DirCL supondría la eliminación de ese deber de notificación en las compraventas de bienes en línea y otras ventas a distancia. La eliminación de dicha posibilidad se fundamenta en que, especialmente en las transacciones transfronterizas, el consumidor puede desconocer la existencia de esta obligación y perder la oportunidad de solicitar la subsanación de una falta de conformidad suficientemente fundamentada por retraso o falta de notificación⁴⁹.

4.5. Garantías comerciales (art. 15 DirCL)

⁴⁷ En este sentido se pronunció Věra JOUROVÁ, Comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, en la conferencia de *New EU Rules for digital contracts*, organizada por la *Academy of European Law*, Bruselas el 18 de febrero de 2016.

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 123.5 TRLGDCU "el consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación.

Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido."

⁴⁹ Cdo. 25 DirCL.

El artículo 15 DirCL establece determinados requisitos de transparencia de las garantías comerciales. En particular, prevé la forma de entrega, "soporte duradero y... redactada de manera clara y comprensible" y el contenido del documento de garantía: "a) una declaración clara de los derechos legales del consumidor establecidos en la presente Directiva..." y "b) los términos de la garantía comercial que excedan de los derechos legales del consumidor ..." (art. 15.2 DirCL).

Por otro lado, con el fin de mejorar la seguridad jurídica y evitar que los consumidores sean inducidos a error⁵⁰, el artículo 15.1 DirCL prevé que: "si el documento de garantía es menos ventajoso para el consumidor que las condiciones enunciadas en la información precontractual facilitada por el vendedor o en la publicidad, la garantía comercial será vinculante según las condiciones enunciadas en la información precontractual o publicidad relativa a la garantía comercial".

5. Propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales (DirSCD)

5.1. *Ámbito de aplicación material (art. 3 DirSCD)*

El ámbito de aplicación material de la Directiva de suministro de contenidos digitales es, de acuerdo con su artículo 3, el contrato en virtud del cual el proveedor suministra o se compromete a suministrar:

a) *Contenidos digitales con independencia del medio de transmisión de los mismos*

La propuesta de Directiva utiliza un concepto amplio de contenidos digitales y, en especial, más extenso que el utilizado en la Directiva 2011/83/UE. La finalidad es que la regulación sea tecnológicamente neutra y resista el paso del tiempo, cubriendo los rápidos desarrollos tecnológicos en este sector⁵¹. En particular:

- *Por contenidos digitales*, hay que entender, de conformidad con el art. 2.1 DirSCD, no solo los "a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software"; sino también el "b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos son creados por el consumidor", por ejemplo, los servicios para almacenar archivos en la nube (*cloud*) [art. 2.1.b) DirSCD]; y el "c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio" (por ejemplo, las redes sociales). En consecuencia, se incluyen no solo los contenidos digitales suministrados por el proveedor sino también cualquier otros contenidos digitales que el consumidor facilite o almacene durante

⁵⁰ Cdo. 34 DirCL.

⁵¹ Cdo. 12 DirSCD

el período de duración del contrato, tales como música, archivos de vídeo, fotografías, juegos o aplicaciones⁵².

- *Se aplica a todos los contenidos digitales con independencia del soporte utilizado para su transmisión*, para evitar discriminaciones entre los proveedores en función de sus canales de distribución. Por un lado, los suministrados mediante un soporte duradero, cuando aquel se haya utilizado exclusivamente como transmisor de contenidos digitales como, por ejemplo, DVD y CD (art. 3.3 DirSCL). Por otro lado, los suministrados por otros medios como "la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web [*web-streaming*], el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales"⁵³.
- *Se excluyen*, los contenidos digitales insertados en bienes, como aparatos domésticos o juguetes, "de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales"⁵⁴; los "servicios prestados con un elemento predominante de intervención humana cuando el formato digital se utilice principalmente para transferir contenidos", por ejemplo, una traducción no automática o los servicios de asesoramiento profesional a pesar de que el resultado del servicio se entregue por medios digitales⁵⁵; los contratos que regulan servicios sectoriales específicos de salud, de juego o financieros [art. 3.5.a) y d) DirSCD]; y los servicios de telecomunicaciones, pues no funcionan simplemente para transferir contenidos digitales [art. 3.5.b) DirSCD]⁵⁶.

b) Con independencia de la calificación del contrato en el derecho nacional

La aplicación de la Directiva al contrato de suministro es independiente de la calificación que el contrato en cuestión reciba de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros (compraventa, acuerdo de licencia, arrendamiento, contrato de servicios, etc.). Ahora bien, la calificación del contrato de acuerdo con las legislaciones nacionales de los Estados miembros continuará siendo relevante para aquellos aspectos de la relación contractual no armonizados por la Directiva⁵⁷.

⁵² De acuerdo con el cdo. 15 DirSCD, "los contenidos generados por los clientes incluyen una amplia variedad de ejemplos, tales como imágenes digitales, archivos de vídeo y audio, blogs, foros de discusión, formatos de colaboración basados en texto, publicaciones, chats, tuits, registros, *podcasting*, contenido creado en dispositivos móviles, contenido creado en el contexto de entornos virtuales en línea, calificaciones y colecciones de enlaces relativos al contenido en línea".

⁵³ Cdo. 11 DirSCD.

⁵⁴ Cdo. 11 DirSCD. Las ventas de tipo de bienes se rigen por la DirCL si se han celebrado en línea o a distancia.

⁵⁵ Cdo. 19 DirSCD.

⁵⁶ Cdo. 20 DirSCD.

⁵⁷ Cdo. 17 DirSCD. En este sentido se pronunció el Prof. Matthias E. Storme, en su ponencia "*Scope of the proposed Directives (distance sales (ODSGDir) and supply of digital content (SDCDir)*", en la

Su regulación de la DirSCD se aplica a todo contrato que tenga como finalidad "facilitar el acceso a contenidos o poner a disposición los contenidos digitales" (art. 2.10 DirSCD). Se incluyen los contratos en virtud de los cuales el suministrador se obliga a desarrollar contenidos digitales de acuerdo con las especificaciones del consumidor (art. 3.2 DirSCD): "incluido el software personalizado" y el "suministro de archivos de modelado visual requeridos en el contexto de la impresión 3D", si bien la Directiva no regula "los bienes producidos mediante el uso de la tecnología de impresión 3D ni el daño causado en los mismos"⁵⁸.

c) *A cambio de un precio o una contraprestación no dineraria en forma de datos activamente suministrados por el consumidor*

Uno de los aspectos destacados de la DirSCD es que su regulación no sólo se aplica a los contratos de intercambio de contenidos digitales por precio, sino también a aquellos contratos en los que la contraprestación no es dineraria y consiste en datos personales u otro tipo de datos que el proveedor solicita y el consumidor facilita activamente (art. 3.1 DirSCD)⁵⁹. De esta manera la propuesta incorpora una de las modificaciones que el Parlamento Europeo hizo tras una primera lectura del CESL, y que tiene en cuenta que, en la actualidad, en el mercado, la información sobre las personas tiene "un valor comparable a dinero"⁶⁰. La regulación de la Directiva en este aspecto es "sin perjuicio de la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal" (art. 3.8 DirSCD)⁶¹.

El intercambio de contenido digital por información del consumidor debe realizarse de forma activa. Por ejemplo, se considera que hay una contraprestación diferente a dinero cuando el consumidor facilita directamente al suministrador datos como su nombre y

conferencia de *New EU Rules for digital contracts*, organizada por la *Academy of European Law*, Bruselas el 18 de febrero de 2016.

⁵⁸ Cdo. 16 DirSCD.

⁵⁹ De acuerdo con el cdo. 13 DirSCD "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. Además, los defectos en las características de funcionamiento de los contenidos digitales suministrados por una contraprestación diferente al dinero afectan a los intereses económicos de los consumidores. Por lo tanto, la aplicabilidad de las normas de la presente directiva no debe depender del precio pagado por el contenido digital específico en cuestión".

⁶⁰ Cdo. 13 DirSCD. Véase la ya citada resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

⁶¹ Son plenamente aplicables al suministro de contenidos digitales 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 y la 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).

dirección de correo electrónico al registrarse en su página web o cuando suscribe un contrato que permite al suministrador el acceso a sus fotos. En cambio, se excluyen de la Directiva los contratos en los que el suministrador recaba información de manera automática, por ejemplo, por medio de *cookies*, así aquellos en los que el consumidor acepta recibir publicidad a cambio de obtener acceso a contenidos digitales (cdo. 14 DirSCD).

A pesar de que los contenidos digitales sean suministrados por una contraprestación no dineraria, la Directiva no será de aplicación si los datos son estrictamente necesarios: a) para ejecutar el contrato como, por ejemplo, cuando para el funcionamiento de una aplicación móvil se requiere información sobre la geolocalización; b) para cumplir los requisitos exigidos legalmente que, por ejemplo, puede obligar al registro previo por motivos de seguridad e identificación; o d) para garantizar que los contenidos digitales sean conformes con el contrato, siempre que el suministrador no someta los datos a otro tratamiento incompatible con estos fines o los utilice con fines comerciales (art. 3.4 y cdo. 14 DirSCD).

d) Con independencia del modo de celebración: presencial y a distancia

La Directiva de suministro de contenidos digitales, a diferencia de la Directiva de compraventa en línea, no limita su aplicación a los contratos celebrados a distancia. Con el fin de evitar la fragmentación entre los diferentes canales de distribución, sus disposiciones se aplican con independencia del modo de celebración del contrato, ya sea a distancia o presencial⁶².

5.2. Objeto (art. 1 DirSCD)

La Directiva tiene por objeto armonizar determinadas normas de los contratos descritos en el apartado anterior y, en particular, las reglas relativas a la conformidad del contenido digital con el contrato, los remedios en caso de falta de conformidad y las modalidades de ejercicio de estos remedios. Además, armoniza algunos aspectos relativos a la resolución de los contratos de suministro de contenidos digitales de larga duración, así como de la modificación del contenido digital (art. 1 DirSCD).

a) Legislación de la UE que regula esta materia en la actualidad: Directiva 1999/44/CE para contenido digital en soporte duradero y laguna normativa respecto otras formas de suministro

En la actualidad, la legislación de la UE no cuenta con un instrumento legal que específicamente se ocupe de proteger a los consumidores de contenidos digitales frente a los contenidos digitales que no sean conformes con el contrato⁶³. Con todo, a día de hoy, la Directiva

⁶² Cdo. 12 DirSCD.

⁶³ En este sentido, véase MANKO, *Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new online consumer sales law?, In-depth analysis*, op. cit., p. 8.

1999/44/CE es de aplicación a la venta de contenidos digitales suministrados en un soporte duradero (DVS y CD), con independencia que la venta se realice a distancia o presencialmente, pues se trata de bienes muebles corpóreos, no excluidos conforme el art. 1.2.b). Ahora bien, la Directiva 1999/44/CE no prevé unas reglas que específicamente se ocupen de los problemas concretos que los consumidores de contenidos digitales experimentan en relación con la calidad o el acceso a los mismos. Además, la Directiva 1999/44/CE no se aplica a otras formas de suministro de contenidos digitales diferentes a la transmisión de un soporte duradero⁶⁴.

En consecuencia, puede afirmarse que en la actualidad, la UE no cuenta con una legislación específica que proteja a los consumidores frente a los contenidos digitales que no sean conformes con el contrato. Con todo, algunos Estados miembros, como el Reino Unido⁶⁵ y los Países Bajos⁶⁶ ya han adoptado legislación específica sobre esta cuestión. Ello hace necesario, en palabras de la EM de la DirSCD, "actuar con rapidez para evitar un posible fragmentación jurídica mayor debido a la aparición de diferentes normativas nacionales".

b) La DirSCD colma la laguna existente a nivel europeo y modifica el artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE

Si la Directiva de suministro de contenidos digitales es finalmente aprobada, por un lado, armonizará plenamente las reglas fundamentales aplicables a los contratos de suministro de contenidos digitales a consumidores, colmando así la laguna existente en la actualidad a nivel europeo. Por otro lado, y a efectos de evitar solapamientos con la Directiva 1999/44/CE, el artículo 20.1) DirSCD modificará el artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE, introduciendo un nuevo supuesto de exclusión en el concepto de bienes de consumo:

no lo es "un soporte duradero que incorpore contenido digital si se ha utilizado para suministrar el contenido digital al consumidor como se establece en la Directiva (UE) XXX" (Directiva (UE) N/XXX del Parlamento Europeo y del Consejo, de... sobre contratos de suministro de contenidos digitales (DO ...)."

⁶⁴ Con todo, en el derecho español, téngase en cuenta Sergio CÁMARA LAPUENTE (2016), "La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales", en Antonio ORTI VALLEJO y Margarita JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 232, que señala que el vigente artículo 6 del TR-LGDCU cuando "cambió el término "bien de consumo" por "producto de consumo", suprimió la referencia al adjetivo "corporales" y se remitió al concepto de bienes muebles del artículo 335 CC que sí permite la inclusión de todo tipo de bienes inmateriales, entre los que pueden incluirse los contenidos digitales sin soporte físico -lo que permite aplicarles el actual régimen de conformidad cuando se considere que se ha producido una compraventa de contenidos digitales-".

⁶⁵ Capítulo 3 de la *Consumer Rights Act 2015* (arts. 33 a 77).

⁶⁶ Ley de 14 de junio de 2015 por la que se modifica los libros 6 y 7 del Código Civil holandés.

c) *No se ocupa de las materias reguladas en la Directiva 2011/83/UE y en la Directiva 2000/31/UE, que complementa*

Si la propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales es, finalmente, aprobada las reglas contenidas en la misma vendrán a complementar las normas que ya fueron armonizadas por la Directiva 2011/83/UE y la Directiva 2000/31/CE, pues regulan cuestiones distintas.

Por un lado, la Directiva 2011/83/UE armonizó plenamente algunas reglas especiales aplicables a los contratos de suministro de contenidos digitales, tanto para aquellos contratos celebrados a distancia como para los presenciales. Por un lado, la Directiva contiene especialidades en la información precontractual a suministrar por el comerciante –está obligado a informar de la funcionalidad de los contenidos digitales y de la interoperatividad del contenido digital con los aparatos y programas [arts. 5.1.g) y h), 5.2, 6.1. r) y s) y 6.2)], además de sobre los extremos contenidos en las reglas generales-. Por otro lado, cuando el contrato de suministro de contenidos digitales haya sido celebrado a distancia o fuera del establecimiento, la Directiva reconoce al consumidor el derecho de desistimiento a menos que se den determinadas circunstancias [art. 16.m)]⁶⁷.

Por el otro lado, como ya se ha señalado *supra*, la Directiva 2000/31/CE comportó la armonización de mínimos (art. 1.3) de las disposiciones nacionales aplicables los contratos por vía electrónica (sección 3), en los que se pueden incluir los contratos de suministro de contenidos digitales.

5.3. Modalidades y tiempo de suministro de los contenidos digitales (art. 5 DirSCD)

El artículo 5 DirSCD establece las modalidades y el tiempo de suministro de los contenidos digitales.

- *Modalidades (art. 5.1 DirSCD)*: el proveedor cumple el contrato de suministro de contenidos digitales si hace llegar los contenidos digitales de alguna de las formas siguientes: suministrando los contenidos digitales directamente al consumidor [art. 5.1.a) DirSCD]; o a un tercero, elegido por el consumidor, que opera una instalación física o virtual que pone los contenidos digitales a disposición del consumidor o permite que el consumidor tenga acceso a los mismos, como un proveedor de internet o una plataforma electrónica [art. 5.1.b) DirSCD]. En principio, el proveedor de contenidos digitales no es responsable de los actos u omisiones del tercero elegido por el consumidor⁶⁸.

⁶⁷ De acuerdo con el art. 16.m) Directiva 2011/83/UE: “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”.

⁶⁸ Cdo. 23 DirSCD.

- *Tiempo del suministro de contenidos digitales (art. 5.2 DirSCD)*: en relación con el momento de cumplimiento de la obligación de suministrar los contenidos digitales al consumidor, teniendo en cuenta las prácticas del mercado y las posibilidades técnicas⁶⁹, el artículo 5.2 DirSCD establece, como norma por defecto, que el proveedor debe suministrarlos “de forma inmediata tras la celebración del contrato”. Con todo, las partes pueden pactar otro momento de cumplimiento.

5.4. Conformidad de los contenidos digitales con el contrato (arts. 6 a 10 DirSCD)

a) Criterios de conformidad de los contenidos digitales con el contrato (arts. 6 a 8 DirSCD)

El artículo 6 DirSCD armoniza plenamente los criterios de conformidad de los contenidos digitales con el contrato mediante una combinación de criterios de conformidad subjetivos y objetivos. En particular, de acuerdo con el precepto citado, la conformidad de los contenidos digitales con el contrato debe evaluarse teniendo en cuenta:

- i. En primer lugar, aquello prometido en el contrato o en cualquier información precontractual que forme parte integrante del contrato (art. 6.1 DirSCD)*⁷⁰. En particular, de acuerdo con el artículo 6.1 DirSCD, “para estar en conformidad con el contrato, los contenidos digitales serán, cuando proceda:
 - a) en la cantidad, con la calidad, duración y versión, y poseerán la funcionalidad⁷¹, interoperabilidad⁷² y demás características de funcionamiento tales como accesibilidad, continuidad y seguridad, según venga requerido por el contrato, incluyendo cualquier información precontractual que forme parte integrante del contrato,

⁶⁹ Cdo. 23 DirSCD.

⁷⁰ De acuerdo con el cdo. 24 DirSCD, “con el fin de promover la innovación del Mercado Único Digital y dar cobertura a la evolución tecnológica reflejada por las características tan variables de los contenidos digitales, se justifica que los contenidos digitales sean, antes que nada, conformes con lo que se prometido en el contrato”.

⁷¹ El concepto de funcionalidad hace referencia “a las formas en que pueden utilizarse los contenidos digitales”, así como “a la ausencia o presencia de restricciones técnicas, tales como la protección mediante la Administración de Derechos Digitales o la codificación regional” (cdo. 26 DirSCD).

⁷² La interoperabilidad de los contenidos digitales forma parte de los criterios de conformidad, pues estos deben “interactuar con otros equipos digitales” y “funcionar adecuadamente”. El término interoperabilidad se encuentra definido en el art. 2.9 DirSCD como la “capacidad de los contenidos digitales de realizar todas sus funcionalidades dentro de un entorno digital concreto”. Siendo el “entorno digital” el “hardware, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario” (art. 2.8 DirSCD).

- b) aptos para el uso concreto requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor haya aceptado,
 - c) suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridas por el contrato, y
 - d) actualizados como se establece en el contrato”.
- ii. *Si el contrato no establece criterios suficientemente claros y comprensibles para determinar la conformidad, subsidiariamente, “serán aptos para los fines a los que ordinariamente se destinen los contenidos digitales del mismo tipo” (art. 6.2 DirSCD).* En defecto de criterios claros y comprensibles en el contrato para determinar la conformidad, esta debe evaluarse de acuerdo con un conjunto de criterios objetivos⁷³. En particular, de acuerdo con el artículo 6.2 DirSCD, los contenidos digitales deben ser aptos “para los fines a los que ordinariamente se destinen los contenidos del mismo tipo incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad, teniendo en cuenta:
- a) si los contenidos digitales se suministran a cambio de un precio o por otra contraprestación no dineraria,
 - b) cuando proceda, cualquier norma técnica internacional existente o, a falta de dicha norma técnica, códigos de conducta y buenas prácticas industriales⁷⁴, y
 - c) cualquier declaración realizada por o en nombre del proveedor u otras personas en eslabones anteriores de la cadena de transacciones salvo que el proveedor demuestre
 - i) que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera tal declaración,
 - ii) que la declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato,
 - iii) que la declaración no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos digitales” (art. 6.2 DirSCD).
- iii. *Además, los contenidos digitales deben cumplir los requisitos de conformidad establecidos en los artículos 7 y 8 DirSCD (art. 6.5 DirSCD).* Para ser conformes con el contrato los contenidos digitales no solo deberán satisfacer los términos contractuales, y subsidiariamente el criterio objetivo

⁷³ EM y cdo. 25 DirSCD.

⁷⁴ El cdo. 28 DirSCD anuncia que “... la Comisión puede considerar la promoción del desarrollo de normas internacionales y europeas y la elaboración de un código de conducta por las asociaciones de comerciantes y otras organizaciones representativas que podrían apoyar la aplicación uniforme de la Directiva”.

del art. 6.2 DirSCD, sino también los requisitos de los artículos 7 y 8. Los criterios contenidos en los mencionados preceptos son los siguientes:

- *Integración de los contenidos digitales (art. 7 DirSCD)*: para funcionar adecuadamente, los contenidos digitales deben integrarse correctamente en el entorno digital del consumidor. La integración de los contenidos digitales es la "conexión entre diferentes componentes de un entorno digital del consumidor [*hardware* y *software*] para que actúen como un todo coordinado de conformidad con el fin previsto" (art. 2.2 DirSCD). La integración incorrecta de los contenidos digitales será considerada una falta de conformidad si el motivo de la integración incorrecta es atribuible al proveedor: ya sea porque "los contenidos digitales fueron integrados por el proveedor o bajo su responsabilidad" [art. 7.a) DirSCD]; o "por el consumidor y su incorrecta integración se debió a deficiencias en las instrucciones de integración ..." [art. 7.b) DirSCD]⁷⁵.
- *Derechos de terceros (art. 8 DirSCD)*: los contenidos digitales, por su naturaleza, están sujetos a derechos de propiedad intelectual. Ello comporta que un tercero puede obligar debidamente al proveedor a dejar de infringir sus derechos impidiendo al consumidor el disfrute de los contenidos⁷⁶. Por ello, el artículo 8.1 DirSCD establece que para que los contenidos digitales sean conformes con el contrato "deben estar libres de derechos de terceros, incluidos los basados en propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato".

Además, el artículo 6, en sus apartados 3 y 4, DirSCD contiene dos aclaraciones:

- Si el contrato establece que los contenidos digitales se suministraran durante un período de tiempo, estos deben ser conformes con el contrato durante toda la vigencia del mismo (art. 6.3 DirSCD)⁷⁷.
- Debido a la importancia de las actualizaciones en los contenidos digitales, el artículo 6.4 DirSCD prevé que, excepto que las partes hayan pactado otra cosa, se suministrará "la versión más reciente de los contenidos digitales que estaban disponibles en el momento de celebrar el contrato".

b) Carga de la prueba de la conformidad (art. 9 DirSCD)

Por regla general, la carga de la prueba de la conformidad de los contenidos digitales con el contrato en el momento del suministro corresponde al proveedor (art. 9.1 DirSCD). Se presume la preexistencia de la falta de conformidad y, por lo tanto, la carga de la prueba de la falta de conformidad en el momento del suministro se invierte a favor del

⁷⁵ EM y cdo. 30 DirSCD.

⁷⁶ Cdo. 31 DirSCD.

⁷⁷ Cdo. 29 DirSCD.

consumidor, siendo el proveedor el que debe probar su ausencia. La Directiva tiene en cuenta en esta regla las características específicas y la gran complejidad de los contenidos digitales, que comportan que el proveedor se encuentre en una mejor posición para conocer los motivos de la falta de conformidad⁷⁸.

Excepcionalmente, la carga de la prueba corresponderá al consumidor, cuando el entorno digital del consumidor no sea compatible con los contenidos digitales (art. 9.2 *DirSCD*). El proveedor debe demostrar que la falta de conformidad con el contrato se debe a la incompatibilidad del entorno digital del consumidor con los requisitos técnicos de los contenidos digitales. Con este fin, el consumidor está obligado a cooperar con el proveedor para que este pueda comprobar su entorno digital. El proveedor deberá utilizar los medios menos intrusivos técnicamente disponibles (art. 9.3 *DirSCD*)⁷⁹.

c) Responsabilidad del proveedor por cualquier incumplimiento del suministro o falta de conformidad (art. 10 DirSCD)

De conformidad con el art. 10 *DirSCD*, el proveedor responde frente al consumidor en tres casos: a) cuando no suministra en absoluto los contenidos digitales; b) cuando suministra contenidos digitales y estos no son conformes con el contrato en el momento del suministro; y c) cuando suministra contenidos digitales durante un periodo de tiempo y dentro de este periodo tiene lugar una falta de conformidad.

5.5. Remedios del consumidor por incumplimiento de suministro y por falta de conformidad (arts. 11 a 14 DirSCD)

a) Remedios por incumplimiento de suministro (arts. 11 y 14 DirSCD)

De acuerdo con el artículo 11 *DirSCD*, el consumidor tiene derecho a resolver el contrato inmediatamente cuando el proveedor haya incumplido el suministro de los contenidos digitales. Para que proceda la resolución, el incumplimiento del proveedor debe ser grave y afectar a la obligación principal, tal como ocurre en los supuestos de ausencia de suministro⁸⁰. Además, el consumidor tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios (art. 14 *DirSCD*).

Con todo, en aquellos casos en los que el proveedor suministre los contenidos digitales al inicio del contrato y con posterioridad el

⁷⁸ Cdo. 32 *DirSCD*.

⁷⁹ De acuerdo con el cdo. 33 *DirSCD* "esto puede realizarse a menudo, por ejemplo, facilitando al proveedor informes sobre incidentes generados automáticamente o datos de la conexión a internet del consumidor. Solo en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas en las que el mejor uso de otros recursos no revuelva el problema, también puede hacerse permitiendo el acceso virtual al entorno digital del consumidor".

⁸⁰ Cdo. 35 *DirSCD*.

suministro se haya interrumpido, se plantea la cuestión relativa a si se trata de un incumplimiento del suministro o una falta de conformidad. Según el considerando 35 DirSCD, si las interrupciones del suministro provocan que "los contenidos digitales no estén disponibles o accesibles para el consumidor en un breve periodo de tiempo deben tratarse como una no conformidad con el contrato, y no como un incumplimiento en el suministro".

b) *Jerarquía de los remedios por falta de conformidad con el contrato (art. 12 DirSCD)*

El artículo 12 DirSCD enumera los remedios del consumidor en caso de falta de conformidad y armoniza plenamente el orden en el que podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad por el proveedor:

- En primer lugar, el consumidor tiene derecho a que los contenidos digitales *sean puestos en conformidad con el contrato*, en un plazo de tiempo razonable, sin mayores inconvenientes para el consumidor y sin cargo alguno. La determinación de qué se entiende por plazo razonable debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos digitales y la finalidad de estos para el consumidor (art. 12.2 DirSCD).
- En segundo lugar, el consumidor tiene derecho a una *reducción del precio o a resolver el contrato* si la falta de conformidad no ha sido saneada dentro de un plazo razonable o no puede ser saneada (art. 12.3 DirCL). El consumidor no podrá exigir la puesta en conformidad si es imposible, desproporcionada o ilegal⁸¹. En particular, es desproporcionada si impone al proveedor costes que no son razonables, para lo cual se tendrá en cuenta el valor de los contenidos digitales si fueran conformes con el contrato y la relevancia de la falta de conformidad [art. 12.1, a) y b) DirSCD].
- Además, de acuerdo con el artículo 14 DirSCD, el consumidor tiene derecho a solicitar una indemnización por daños y perjuicios por los daños económicos que la falta de conformidad ocasione al *software* y *hardware* del consumidor. Son los Estados miembros los que regularán las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar los daños y perjuicios⁸².

⁸¹ Además, de acuerdo con el art. 12.3 DirSCD: "...si:..

c) la subsanación consistente en poner los contenidos digitales en conformidad causara inconvenientes mayores para el consumidor, o

d) el proveedor ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que el proveedor no pondrá los contenidos digitales en conformidad en un plazo razonable".

⁸² EM DirSCD. De acuerdo con el cdo. 44 DirSCD, los Estados miembros "deben tener en cuenta que los descuentos en el precio de futuros suministros de contenidos digitales, especialmente cuando son ofrecidos por los proveedores como una indemnización exclusiva por daños y perjuicios, no colocan necesariamente al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad".

c) *Modalidades de ejercicio de los remedios (arts. 12 y 13 DirSCD)*

La Directiva de suministro de contenidos digitales armoniza plenamente algunas normas relativas a las modalidades de ejercicio de los remedios. En particular:

- *Sustitución del contenido digital por el proveedor (art. 13.4 DirSCD)*: el consumidor no está obligado a pagar el uso realizado de los contenidos digitales sustituidos durante el periodo previo a la sustitución.
- *Opción del proveedor de la forma específica de poner los contenidos digitales en conformidad*: a diferencia de lo previsto en la DirCL, en la DirSCD es el proveedor quien decide la forma específica de poner los contenidos digitales en conformidad con el contrato. Puede optar entre la reparación, por ejemplo, actualizando el contenido digital, o la sustitución, suministrando al consumidor una nueva copia de los contenidos digitales⁸³.
- *Reducción del precio (art. 12.4 DirSCD)*: prevé una norma equivalente al artículo 12 DirCL para calcular la reducción del precio.
- *Resolución del contrato por falta de conformidad y consecuencias de la resolución (art. 12.5 y 13 DirSCD)*: la DirSCD reconoce al consumidor el derecho a resolver el contrato:
 - i. Solo cuando no sea posible o haya fracasado la puesta en conformidad de los contenidos digitales y la falta de conformidad afecte a sus características principales de funcionamiento:⁸⁴ en particular, a su "funcionalidad, interoperabilidad y otras características...", tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad previstas en el artículo 6, apartados 1 y 2" (art. 12.5 DirSCD). Corresponde al proveedor probar que la falta de conformidad no afecta a estas características principales.
 - ii. Se debe ejercitar mediante notificación al proveedor por cualquier medio (art. 13.1 DirSCD).
 - iii. En cuanto a las consecuencias de la resolución del contrato por falta de conformidad de los contratos digitales, el artículo 13.2 DirSCD impone a las partes las siguientes obligaciones:
 - Por un lado el proveedor, reembolsará el precio pagado en un plazo máximo de 14 días [art. 13.2.a) DirSCD] o, si la contraprestación consistía en datos, se abstendrá de utilizar dichos datos tras la resolución del contrato [art. 13.2.b) DirSCD]. En particular, de acuerdo con el considerando 37 DirSCD, "el proveedor debe adoptar todas las

⁸³ Cdo. 36 DirSCD.

⁸⁴ Cdo. 37 DirSCD.

medidas para cumplir las leyes de protección de datos eliminándolos o transformándolos en anónimos”.

- Por otro lado, el consumidor, se abstendrá de seguir utilizando los contenidos digitales o de ponerlos a disposición de terceros, si los contenidos digitales no se hubieran suministrado en un soporte duradero [art. 13.2.d) DirSDC]; o a devolver, a expensas del proveedor, el soporte duradero en un plazo máximo de 14 días y eliminar cualquier copia, si los contenidos digitales se hubieran suministrado en un soporte duradero [art. 13.2.e) DirSDC].
 - i. En caso que el suministro de contenidos digitales se produzca durante un periodo de tiempo, si la contraprestación fue dineraria “el consumidor podrá resolver el contrato solo en relación con dicha parte del periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato” (art. 13.5 DirSCD) y el “proveedor reembolsará al consumidor la parte del precio pagado correspondiente al periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato” (art. 13.6 DirSCD).
- d) *Plazos: ausencia de plazos de garantía y de presunción de preexistencia de la falta de conformidad*

Una de las características destacadas de la responsabilidad del proveedor de contenidos digitales en la DirSCD es la ausencia de previsión de un plazo de garantía y de un plazo de presunción de la falta de conformidad.

- En relación con el *plazo de garantía*, la DirSCD no establece, a diferencia del art. 14, *ab initio*, DirCL, un plazo dentro del cual ha de manifestarse la falta de conformidad para que el proveedor sea responsable de la misma si existía en el momento del suministro de los contenidos digitales. La ausencia de un plazo de garantía para los contenidos digitales encuentra su justificación en su especial naturaleza: “no son objeto de desgaste y con frecuencia se suministran a los largo de un periodo de tiempo y no en una entrega única”⁸⁵.
- En relación con el *plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad*, tal como se ha señalado *supra*, el artículo 9.1 DirSCD impone, por regla general, la carga de probar la preexistencia de la falta de conformidad al proveedor, sin someterla a plazo.
- En relación con el *plazo de prescripción* de la acción de responsabilidad, este se determinará de acuerdo con la legislación nacional de los Estados miembros⁸⁶.

⁸⁵ Cdo. 43 DirSCD.

⁸⁶ Cdo. 43 DirSCD.

5.6. Resolución del contrato por modificación de los contenidos digitales (art. 15 DirSCD) y en los contratos de larga duración (art. 16 DirSCD)

Por último, los artículos 15 y 16 DirSCD reconocen a los consumidores de contenidos digitales el derecho a resolver el contrato en dos casos:

- *Modificación de los contenidos digitales (art. 15 DirSCD)*. En particular, cuando los contenidos digitales que se suministran durante un período de tiempo, si el proveedor modifica las características principales de los contenidos digitales y dichas modificaciones afectan negativamente al acceso o al uso de los contenidos digitales por el consumidor [art. 15.1.b) DirSCD]. En este caso, el derecho a resolver, sin cargo alguno, debe ejercitarse en un plazo máximo de 30 días desde la recepción de la notificación en virtud de la cual el proveedor comunica al consumidor la modificación.
- *Contratos de larga duración (art. 16 DirSCD)*: el consumidor tiene derecho a resolver los contratos de suministro de contenidos digitales celebrados por un periodo de tiempo indeterminado o de una duración inicial superior a 12 meses, en cualquier momento tras la expiración del primer periodo de 12 meses. Para ejercer este derecho el consumidor notificará al proveedor su voluntad de resolver el contrato con 14 días de antelación a la fecha de la efectiva resolución del contrato. La finalidad de la norma es estimular la competencia entre proveedores de contenidos digitales, permitiendo que los consumidores puedan cambiar de proveedor respondiendo a ofertas competitivas⁸⁷.

6. Conclusiones

Las propuestas de Directiva de suministro de contenidos digitales y de compraventa en línea, que se enmarcan dentro de la estrategia de la Comisión para la creación de un mercado único digital en Europa, tienen como objetivo reducir la incertidumbre a la que se enfrentan los consumidores y las empresas como consecuencia de la complejidad normativa en materia de consumo, así como reducir los costes relacionados con la existencia de diferentes derechos contractuales nacionales. No son las primeras propuestas de la Comisión encaminadas a conseguir estos objetivos. En 2011, la Comisión publicó el CESL, que si bien ha sido abandonado por las dificultades en el proceso de negociación, ha servido como base de las propuestas analizadas, junto con la Directiva 1999/44/CE. La Comisión ha adoptado en las DirCL y DirSCD una nueva aproximación: ambas son Directivas de armonización plena centradas en aspectos clave del derecho contractual de consumo que limitan el comercio electrónico y solo se ocupan de los contratos B2C.

La Directiva de compraventa en línea únicamente se aplica a contratos de compraventa de bienes a distancia, ya sea en línea u otras ventas a distancia. Ello deja fuera de la armonización plena las ventas presenciales, siendo ello uno

⁸⁷ EM DirSCD.

de los principales escollos para la aprobación de la propuesta. Además, si bien la armonización plena se valora positivamente al generar un marco propicio para las empresas y aumentar o mantener el nivel de protección de los consumidores en la mayoría de legislaciones nacionales, ello no es así en todos los Estados miembros. Las principales novedades introducidas por la DirCL respecto lo previsto en la Directiva 1999/44/CE son: la armonización plena de los criterios de conformidad y de la jerarquía de los distintos remedios del consumidor, la introducción de la resolución del contrato por defectos menores, la armonización plena del plazo de garantía de dos años y la ampliación del plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad a dos años y la eliminación de la obligación de notificar el defecto al vendedor dentro de un plazo determinado a contar desde la detección del mismo.

La Directiva de suministro de contenidos digitales adopta un concepto de contenidos digitales amplio haciendo la regulación tecnológicamente neutra y resistente al paso del tiempo. Además, su ámbito de aplicación es muy extenso, pues incluye los contenidos digitales con independencia del medio de transmisión de los mismos y de la calificación del contrato en el derecho nacional. La contraprestación del contrato puede ser dineraria o una contraprestación en forma de datos, incorporando así una de las modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo al CESL. Por último, a diferencia de la DirCL, la DirSCD es aplicable tanto a los contratos presenciales como a los celebrados a distancia. La DirSCD ha recibido una buena acogida porque viene a colmar la laguna existente en la actualidad a nivel europeo en relación con la protección de los consumidores por faltas de conformidad de los contenidos digitales con el contrato. La Directiva armoniza plenamente los criterios de conformidad de los contenidos digitales con el contrato, establece la responsabilidad del proveedor por incumplimiento del suministro y por falta de conformidad, la jerarquía de remedios por falta de conformidad y las modalidades de ejercicio de estos remedios. Destaca la ausencia de plazos de garantía y de presunción de preexistencia de la falta de conformidad. Además, reconoce a los consumidores el derecho a resolver los contratos de larga duración a partir de los 12 primeros meses, así como por modificaciones en las características principales de los contenidos digitales si afecta negativamente al consumidor.

7. Bibliografía

Hugh BEALE (2016), Presentación "New EU Rules for digital contracts. Remedies and exercise of remedies", en la conferencia de *New EU Rules for digital contracts*, organizada por la *Academy of European Law*, Bruselas el 18 de febrero de 2016. Recuperado 20 de mayo 2016, en: <https://www.era.int/upload/dokumente/18123.pdf>

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2016). "La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales", en Antonio ORTI VALLEJO y Margarita JIMÉNEZ HORWITZ (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 211-269.

COMISIÓN EUROPEA (2015), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6.5.2015 (COM (2015) 192 final), Recuperado 20 de mayo 2016, en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0192>

Matthias E. STORME (2016), Presentación "Scope of the proposed Directives (distance sales (ODSGDir) and *supply of digital content (SDCDir)*)", en la conferencia de *New EU Rules for digital contracts*, organizada por la *Academy of European Law*, Bruselas el 18 de febrero de 2016. Recuperado 20 de mayo 2016, en: <https://www.era.int/upload/dokumente/18123.pdf>

Fernando GÓMEZ POMAR y Marian GILI SALDAÑA (2012), "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *InDret 1/2012*, pp. 1-27.

Rafal MAŃKO (2015), *Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new online consumer sales law?*, *In-depth analysis*, European Parliamentary Research Service, September 2015. Recuperado 20 de mayo 2016, en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRS_IDA\(2015\)568322_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/568322/EPRS_IDA(2015)568322_EN.pdf).

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2009), "Comentario a los artículo 116", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1437-1472.

Jan M. SMITS (2016), "The New EU Proposal for Harmonised Rules for the Online Sales of Tangible Goods (COM (2015) 635): Conformity, Lack of Conformity and Remedies", *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper*, 2016/1, pp. 1-16. Recuperado 20 de mayo de 2016: <http://ssrn.com/abstract=2731811>.

PARLAMENTO EUROPEO (2014), *Resolución legislativa, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011)0635-C7-0329/2011 - 2011/0284(COD) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura)*. Recuperado 20 de mayo 2016, en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0159&language=ES&ring=A7-2013-0301>.

PARLAMENTO EUROPEO (2016). *Resolución, de 19 de enero de 2016, sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado Único Digital» (2015/2147(INI))*. Recuperado 20 de mayo 2016, en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0009+0+DOC+XML+V0//ES>.