



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



**Grado en: Derecho**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de La Laguna**  
**Curso 2017/ 2018**  
**Convocatoria: Junio**

## **LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDO DIGITAL**

The contracts for the supply of digital content

**Realizado por el alumno D. Daniel Cruz López**

**Tutorizado por el Profesor D. Carlos Trujillo Cabrera**

**Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas**

**Área de conocimiento: Derecho Civil**

## ABSTRACT

In view of the preparation of the Proposal for a Directive 634/2015 on certain aspects of contracts for the supply of digital content, it is necessary to briefly review the previous state of the regulation of these to be able to delve deeper into the study of this proposal.

Throughout this work we will study the concept of digital content, the regulation that has regulated the digital contents until the elaboration of the Proposal of Directive 634/2015, why arises the necessity of the elaboration of the Proposal and what objectives are tried to reach With the promulgation of it. In addition, we will analyze the scope of application, the compliance of the digital content with the contract and the remedies available to the consumer in the absence of conformity of the digital content.

Finally, we will examine the impact of the Proposal with other regulations, specifically with the General Regulation on Data Protection of the European Union and the Law on Intellectual Property, and the analysis of related jurisprudence.

## RESUMEN

Ante la elaboración de la Propuesta de Directiva 634/2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, surge la necesidad de repasar brevemente el estado anterior de la regulación de éstos para poder ahondar en el estudio de la citada propuesta.

A lo largo de este trabajo estudiaremos el concepto de contenido digital, la normativa que ha regulado los contenidos digitales hasta la elaboración de la Propuesta de Directiva 634/2015, por qué surge la necesidad de la elaboración de la Propuesta y qué objetivos se intenta alcanzar con la promulgación de ésta. Además, analizaremos el ámbito de aplicación, la conformidad de los contenidos digitales con el contrato y los remedios de los que dispone el consumidor ante la falta de conformidad de los contenidos digitales.

Finalmente, examinaremos la incidencia de la Propuesta con otras normativas, en concreto con el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y la Ley de Propiedad Intelectual, y el análisis de jurisprudencia relacionada.

## Índice

1. Introducción.....	6
2. El mercado único digital.....	9
2.1. ¿Por qué es necesaria la creación de un Mercado Único Digital?.....	10
2.2. Posibles instrumentos para la regulación de un Mercado Único Digital.....	15
3. El concepto legal de contenido digital.....	16
4. La creación del contrato típico con la Propuesta de Directiva 634/2015.....	19
5. El ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva 634/2015.....	21
5.1. Ámbito de aplicación objetivo o material.....	21
5.2. Ámbito de aplicación subjetivo.....	27
6. Objeto de la Propuesta de Directiva 634/2015.....	29
6.1. La conformidad .....	29
6.2. Información precontractual. ....	32
6.3. Garantías para el consumidor en caso de falta de conformidad.....	33
6.4. Consecuencias jurídicas de la resolución contractual por el consumidor....	35
6.5. La modificación de los contenidos digitales por el proveedor durante el tiempo de suscripción, artículo 15.....	38
6.6. Garantías del proveedor respecto a las personas antes de la cadena de las transacciones.....	38
6.7. El problema de la resolución del contrato cuando no ha habido contraprestación dineraria.....	38
6.8. La prescripción de las acciones del consumidor para el saneamiento de la falta de conformidad.....	41

7. Incidencia de la Propuesta de Directiva 634/2015 en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.....	43
8. Jurisprudencia.....	45
9. La Propuesta de Directiva 634/2015 en el Derecho español.....	48
10. Conclusiones.....	49
11. Bibliografía.....	51

## **1.- Introducción.**

En un mundo globalizado e industrializado, la tecnología ha tomado poder, siendo el fundamento del desarrollo económico y social. Por ello podemos hablar de que nos encontramos en la era y cultura digital, donde han cambiado las vías de comunicación, la manera en la que nos relacionamos, el mercado laboral y las tendencias de consumo. Es por eso que, al mismo tiempo que se transforma la sociedad, las legislaciones deben tender a adaptarse a los nuevos cambios sociales.

El objetivo de este trabajo es el estudio de la Propuesta de Directiva 634/2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Pero para comenzar, y al margen de la conceptualización que han hecho los textos legales que estudiaremos posteriormente, debemos dar una definición inicial de contenido digital. Por contenido digital podría entenderse aquella información que se almacena en formato electrónico y que se puede copiar, transmitir y utilizar mediante redes de telecomunicación y herramientas TIC.<sup>1</sup> Es decir, supone una forma opuesta a la tradicional, la forma física. Por lo tanto, se podría definir como aquellos datos que no se producen ni suministran de forma física.

Como dijimos anteriormente, ante el surgimiento de una nueva realidad, como son los contenidos digitales, y el aumento de la demanda de éstos, se ha hecho necesaria la intervención del legislador para determinar qué se entiende por contenido digital y cuál es el marco normativo aplicable.

De esta forma, en España, a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, fue introducido por primera vez un concepto de contenido digital en nuestro ordenamiento. Según esta Ley, son contenidos digitales “*los datos producidos y suministrados en formato digital.*”

---

<sup>1</sup>Definición extraída de: <http://www.informeticplus.com/que-son-los-contenidos-digitales>. Última consulta 27/04/2017

Dicha Ley fue fruto de la transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores (en adelante, Directiva 2011/83/UE), en la que se incorporaron normas para la regulación del suministro de contenidos digitales. En dicha Directiva se define qué se entiende por contenido digital y además se introduce una nueva modalidad contractual en su Considerando 19, los “*contratos de suministro de contenido digital*”, siendo así el único texto vigente que hace referencia al mencionado contrato (como estudiaremos más adelante).

La Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre de 2009, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, también resultan aplicables a los contratos de suministro de contenido digital, toda vez que afectan a la contratación y al comercio. Sin embargo, no tienen una regulación específica para dichos contratos.<sup>2</sup>

Por lo tanto, nos encontramos ante un nuevo hecho en la historia del derecho de consumo europeo, ya que pasan a estar regulados, expresamente y por primera vez, los contenidos digitales. Sin embargo, el legislador español no ha hecho una regulación exhaustiva de los contratos de suministro de contenido digital, como sí ha ocurrido en otros países miembros de la Unión Europea, como Reino Unido y Países Bajos<sup>3</sup>.

En la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre una compraventa común para Europa, 635 final, de 11 de octubre de 2011 (en adelante, Propuesta CESL) se menciona también a la “nueva” modalidad contractual, es decir, a los “*contratos para el suministro de contenidos digitales*” (art. 5.b Propuesta CESL). Esta propuesta surge, según su Considerando 1, a raíz de la congestión de la actividad transfronteriza que supone un obstáculo para el desarrollo del crecimiento del mercado común. Así, los comerciantes consideraban que, a parte de las dificultades de

---

<sup>2</sup>Recordemos que, en España, la primera aproximación a los contenidos digitales se hizo con 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.

<sup>3</sup>Respectivamente, UK Consumers Rights Act 2015 (capítulo 3, seccs. 33-47), aprobada el 26 de marzo de 2015 y Ley de 14 junio 2015 que modifica los libros 6 y 7 del Código civil de los Países Bajos.

entendimiento por una lengua y cultura distintas, la mayor traba al comercio transfronterizo era la dificultad que presentaban a la hora de entender la legislación extranjera. Por lo tanto, entre los objetivos principales de la Propuesta CESL debemos subrayar la erradicación de las diferencias legislativas entre los Estados miembro de la Unión Europea, con el fin de facilitar e impulsar las transacciones entre empresarios y consumidores, y también las transacciones entre empresarios entre sí.

Una vez que hemos visto que el contrato de suministro de contenidos digitales ya ha sido introducido tanto en la Propuesta CESL como en la Directiva 2011/83/UE, tenemos que decir que ninguno de estos textos normativos define qué debemos de entender por contratos para el suministro de contenidos digitales.

Los contratos de suministro de contenido digital han sido objeto de discusión en Europa desde diciembre de 2015, y ello se ha reflejado con la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [COM (2015) 634 final] (en adelante, Propuesta 634/2015).

Esta Propuesta de Directiva se centra en regular de manera específica y lograr la armonización de la normativa del suministro de contenidos digitales. Dado que subsisten los problemas existentes, descritos anteriormente, en lo que concierne a la traba del desarrollo del crecimiento del mercado común, la Comisión continúa en su trabajo para reducir las diferencias entre las regulaciones nacionales. Esta propuesta entiende que es necesario lograr el establecimiento de un Mercado Único Digital para, de acuerdo con su Considerando 1, garantizar un mejor acceso a los consumidores y facilitar que las empresas suministren contenidos digitales para impulsar la economía digital de la Unión y estimular el crecimiento general (siendo éste el primero de los pilares en los que se basa la Estrategia de la UE para el Mercado Único Digital, como veremos en el siguiente epígrafe).

Partiendo de que el Derecho no puede adelantarse a las realidades sociales, pues para regular una determinada materia es necesario que previamente surjan necesidades, y del ritmo exponencial al que avanza la tecnología, nos encontramos con constantes

lagunas jurídicas<sup>4</sup> dada la imposibilidad del poder legislativo de prever dichos avances, con la consiguiente inseguridad jurídica<sup>5</sup> que ello conlleva para el mercado, tanto interno como externo, y tanto desde el punto de vista empresarial como desde el del consumidor.

Las principales consecuencias de esta situación desde el enfoque jurídico son la desactualización de los ordenamientos jurídicos (ya que como habíamos anotado anteriormente, surgen nuevas realidades que no están previstas en la legislación vigente), la aparición de nuevos métodos de regulación de las relaciones entre empresas y consumidores (hecho que requiere la adopción de medidas para la protección del consumidor) y la falta de seguridad jurídica (que es consecuencia directa de la desactualización del ordenamiento jurídico, puesto que la desactualización requiere cambios normativos para adaptar la legislación a las necesidades existentes, e incluso para salir de una situación de alegalidad).

Todo esto, unido a las dificultades con las que se encuentra la Unión Europea para armonizar, aunque sea aspectos concretos de los ordenamientos nacionales de sus distintos Estados Miembro, es precisamente lo que ha motivado la firme decisión de la Comisión de regular el Mercado Digital, con el fin de lograr un Mercado Único Digital, tal y como establece el Considerando 5, de la Propuesta 634/2015, para alcanzar los objetivos que veremos en el siguiente epígrafe.

## **2.- El Mercado Único Digital.**

La Propuesta de Directiva 634/2015 tiene como objetivo la creación de un mercado único digital, libre y seguro en el que se eliminen las fronteras, pudiendo las empresas vender en todo el territorio de la UE, independientemente del lugar en el que residan, sin limitaciones fronterizas. En síntesis, lo que se busca es ampliar la economía digital dentro de la UE, facilitando el aumento de la demanda mediante derechos

---

<sup>4</sup>Por ejemplo, con anterioridad a la Directiva 2011/83/UE no se contaba con una regulación *ad hoc* de protección a los consumidores de contenidos digitales.

<sup>5</sup>La inseguridad jurídica radica en los constantes avances tecnológicos, que precisan cambios normativos.

concretos de los consumidores, lo que repercute en facilidades de expansión o crecimiento de las empresas.

## 2.1. ¿Por qué es necesaria la creación de un Mercado Único Digital?

Según el Documento de trabajo de la comisión sobre la evaluación del impacto de la Propuesta de Directiva 634/2015 y la Propuesta sobre determinados aspectos relativos a los contratos de venta en línea y otras ventas a distancia de bienes (Propuesta 635/2015), de 17 de diciembre de 2015 <sup>6 7</sup>, es necesario establecer un Mercado Único Digital porque cuando se venden bienes a consumidores de otros Estados miembro, las empresas se enfrentan a diferentes regulaciones en materia de Derecho contractual de consumo, derivadas de la posibilidad de que los Estados miembro regulen más allá de los requisitos mínimos establecidos por la legislación de la UE.

En el caso de los contenidos digitales, la legislación existente ya contiene algunas normas específicas, pero las tendencias del mercado obligan a los Estados miembro a actuar independientemente<sup>8</sup>, por lo que varios de ellos han promulgado normas recientemente o iniciado trabajos preparatorios para legislar sobre los contratos de suministro de contenidos digitales.

El problema radica en que estas normas nacionales difieren entre sí en su alcance y contenido, siendo de esperar que otros Estados miembro sigan esta tendencia si la UE no actúa. Y ello nos ha llevado a la situación de que, hasta el momento, el poder legislativo no ha elaborado derechos de los consumidores con un nivel adecuado de

---

<sup>6</sup>Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods.

<sup>7</sup>Los Documentos de trabajo son documentos relacionados con la elaboración de los informes y las opiniones. Las Comisiones se sirven a menudo de este formato para publicar las exposiciones de motivos de sus informes. Concepto extraído de: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/working-documents.html>, consultado por última vez el 02/05/2017.

<sup>8</sup>La actuación independiente deriva de que en todos los Estados no existen las mismas tendencias de consumo, ni el mismo avance tecnológico.

protección, generando desconfianza y yendo contra los objetivos marcados<sup>9</sup>, por la Comisión de la UE, en la Propuesta de Directiva 634/2015.

Dada la heterogeneidad del mercado en línea de contenidos digitales, sería difícil para éste superar la complejidad y fragmentación jurídica existente.

Así, tal y como se desprende del Documento de trabajo de la Comisión, todas estas diferentes normas nacionales crean costos y complejidad para las empresas y afectan negativamente al volumen del comercio transfronterizo y el bienestar del consumidor. Ello es debido a que las empresas deben de invertir en asesores jurídicos que estudien detalladamente las normativas nacionales de cada Estado miembro, eliminando, por tanto, a pequeñas empresas de este mercado. Con base en ello se perjudica también a los consumidores, quienes ven reducida la competencia entre empresas al dificultarse la entrada al mercado a pequeñas y medianas empresas.

Esta iniciativa de la UE cumple el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea<sup>10</sup>, ya que los Estados miembro, *motu proprio*, no podrían eliminar las barreras existentes entre las legislaciones nacionales. Cada Estado miembro individualmente no puede garantizar la coherencia global de su legislación con las legislaciones de otros Estados miembro. En este sentido es necesaria una iniciativa a nivel de la UE, para intentar erradicar las diferencias legales que derivan de veintiocho regulaciones nacionales. El fundamento jurídico de la iniciativa lo encontramos los artículos 81 y 114 TFUE. Además, también tenemos que tomar en consideración el artículo 26 TFUE, en el que se encuentran recogidos principios como el de libre circulación dentro de la Unión Europea y el de control de la competencia, en aras de mantener el buen funcionamiento del mercado.

---

<sup>9</sup>Recordemos que, dentro de los objetivos, de la Propuesta de Directiva 634/2015, está la armonización de la regulación y la creación del Mercado Único Digital.

<sup>10</sup>Según el artículo 5 del Tratado de la UE, el ejercicio de las competencias de la Unión Europea se rige por el principio de subsidiariedad. Además, contiene su concepto, entendiéndose por principio de subsidiariedad aquella regla en virtud de la cual “*en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*”

Una iniciativa a escala de la Unión Europea garantizaría el desarrollo de los derechos de los consumidores de manera coherente, brindando al mismo tiempo a éstos un alto nivel de protección. Además, se conseguirá un aumento de la seguridad jurídica para las empresas que deseen vender sus contenidos digitales en otros Estados miembro, al no resultar necesario que éstas se enfrenten a las regulaciones nacionales de cada uno de ellos en los que se desee vender.

Las normas armonizadas en materia de Derecho contractual en la UE facilitarían las medidas coordinadas de ejecución, adoptadas por las autoridades de cooperación en materia de protección del consumidor. Proporcionarían un fundamento jurídico coherente para estas acciones que darían lugar a compromisos negociados a nivel de la UE, puesto que la Propuesta de Directiva 634/2015 se incluirá en el anexo al Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. Estas acciones coordinadas ofrecen a las empresas un enfoque de control de la legislación vigente y refuerzan la aplicación de la legislación de la UE en beneficio de los consumidores. Por ejemplo, la acción de adquisición de aplicaciones de 18 de julio de 2014, en la que se buscaba la protección de los consumidores de juegos en línea, permitió a los proveedores negociar de forma coordinada con la Comisión y las autoridades de protección del consumidor en lugar de con 28 autoridades nacionales distintas.<sup>11</sup>

A todo lo anterior debemos añadir que, según JEAN-CLAUDE JUNCKER<sup>12</sup>, con el establecimiento de un Mercado Único Digital se podrían crear *“unas condiciones de competencia equitativas en las que todas las empresas que ofrezcan sus productos o sus servicios digitales en la Unión Europea estén sujetas a unas mismas normas en materia de protección de datos y de los consumidores, con independencia del lugar en que se encuentre su servidor. Creando un mercado único digital conectado, podemos generar hasta unos 250 000 millones de euros de crecimiento adicional en Europa durante el*

---

<sup>11</sup>Para más información acerca de la adquisición de aplicaciones y la cooperación en materia de protección del consumidor, véase el comunicado de la Comisión de 14.07.2014: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-847\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-847_en.htm)

<sup>12</sup>JEAN-CLAUDE JUNCKER es presidente de la Comisión Europea desde el 1 de noviembre de 2014.

*mandato de la próxima Comisión, creando cientos de miles de nuevos puestos de trabajo, especialmente para los solicitantes de empleo más jóvenes, y una pujante sociedad basada en el conocimiento*<sup>13</sup>. De ahí el empeño en la creación de Directivas que vayan en consonancia con los objetivos planteados para el establecimiento del Mercado Único Digital, aunque hasta ahora hemos de conformarnos con las Propuestas de Directiva elaboradas, ya mencionadas anteriormente.

Por lo tanto, para sintetizar, la Comisión para la creación del Mercado Único Digital pretende la eliminación de las barreras que derivan del derecho contractual, no sólo armonizando la regulación en esta materia sino también afrontando una nueva regulación sobre aquellos aspectos carentes de ella, o sea dando respuesta a lagunas jurídicas, con el objetivo de lograr crear una certeza legal para los consumidores y empresarios para favorecer el desarrollo del mercado de contenidos digitales. Ello genera las siguientes consecuencias:

1. Por un lado, un aumento de la oferta por parte de las empresas. Sobre todo hay que destacar el aumento de las medianas y pequeñas empresas que se sumarían a dicha oferta, puesto que son las más perjudicadas ante la situación de fragmentación de la regulación del mercado de contenidos digitales, ya que cuentan con menos recursos que las grandes empresas para adaptarse a la normativa contractual de cada Estado<sup>14</sup>, y ello en virtud del art. 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 (Reglamento Roma I), que como norma de conflicto, determina que la ley aplicable al contrato celebrado será la ley del país en la que el consumidor tenga su residencia habitual.

Éste es el principal motivo por el que se “veta” la expansión al mercado europeo a las pequeñas y medianas empresas, influyendo negativamente en su competitividad y en la libre competencia. Así en el Considerando 6

---

<sup>13</sup>Extracto de las directrices políticas para la próxima Comisión Europea — Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático (15 de julio de 2014)

<sup>14</sup>Así se encuentra recogido en la Exposición de Motivos de la Propuesta 634/2015.

de la Propuesta 634/2015 se establece que *“una normativa contractual plenamente armonizada en materia de protección de los consumidores en todos los Estados miembros facilitará que las empresas ofrezcan sus contenidos digitales en otros Estados miembros. Contarán con un entorno contractual estable a la hora de realizar ventas en línea u otro tipo de ventas a distancia a otros Estados miembros. Unas normas plenamente armonizadas específicas para los contenidos digitales para toda la UE eliminarán la complejidad generada por las diferentes normativas nacionales aplicadas en la actualidad a los contratos de suministro de contenidos digitales. Además, evitarán la fragmentación jurídica que de otra forma surgiría con las nuevas legislaciones nacionales para regular específicamente los contenidos digitales.”*

2. Por otro lado, un aumento de la demanda por parte de los consumidores, basado en la confianza en el mercado. Ello es lógico teniendo en cuenta la mayor seguridad jurídica con la que contarían éstos, siendo así porque un mercado sin una regulación adecuada y armonizada, como es el caso de los contratos de suministro de contenidos digitales, no va generar certidumbre en los consumidores, que son la parte más débil de la relación contractual. Asimismo, se ve reflejado en el Considerando 7 de la Propuesta 634/2015: *“Los consumidores se beneficiarán de derechos plenamente armonizados en materia de contenidos digitales con un elevado nivel de protección. Contarán con derechos claros cuando reciban o accedan a contenidos digitales desde cualquier lugar de la UE. Esto fomentará su confianza a la hora de comprar contenidos digitales. Además, contribuirá a reducir los perjuicios que sufren actualmente los consumidores, ya que existirá un conjunto de derechos claros que les permitirán abordar los problemas a los que se enfrentan con los contenidos digitales.”*

Finalmente, la creación de un Mercado Único Digital, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Propuesta 634/2015<sup>15</sup>, incide en derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente el artículo 38 sobre protección de los consumidores y el artículo 16 sobre libertad de empresa.

## 2.2. Posibles instrumentos para la regulación de un Mercado Único Digital.

Teniendo en cuenta el objetivo de la Comisión de crear un Mercado Único Digital y los instrumentos de los que puede valerse para la regulación de dicho mercado, la Comisión decidió acudir a un instrumento de carácter vinculante. De no ser así no se podría conseguir dar una respuesta eficaz a los problemas planteados, por lo que una Recomendación no puede ser un instrumento idóneo para ello.

La Comisión tendría así dos opciones: el Reglamento o la Directiva.

En este caso la Comisión ha decidido acudir a un instrumento de aplicación obligatoria, abandonando el posicionamiento que anteriormente seguía con la Propuesta CESL de regulación de carácter optativa para las partes<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup>Según la Exposición de Motivos: “Un conjunto de normas específicas plenamente armonizadas para contenidos digitales cumplirá el objetivo del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al otorgar a los consumidores de la UE derechos claros y específicos cuando compren/obtenan acceso a contenidos digitales en su país o en otros Estados miembros. Un conjunto de normas plenamente armonizadas para el suministro de contenidos digitales también contribuirá a lograr el objetivo del artículo 16, ya que facilitará que las empresas puedan vender productos en toda la UE, tanto a nivel nacional como en el extranjero. Por tanto, reforzarán su capacidad para expandir su actividad. Finalmente, unos derechos contractuales claros ayudarán a cumplir el objetivo del artículo 47 (Derecho a una solución efectiva), ya que aumentará la capacidad de ejercer el derecho a una solución efectiva ante los tribunales. La nueva normativa debería aclarar las formas de saneamiento disponibles en caso de litigio.”

<sup>16</sup>Sobre el carácter facultativo de la normativa común de compraventa europea, artículo 3 Propuesta CESL: “Las partes podrán acordar que la normativa común de compraventa europea regule sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entren dentro de su ámbito personal, material y territorial, tal como se establece en los artículos 4 a 7.”

### **3.- El concepto legal de contenido digital.**

Como habíamos visto anteriormente, fue con la Directiva 2011/83/UE cuando comenzó a hablarse de un nuevo concepto: “los contenidos digitales”.

El concepto de contenidos digitales podemos encontrarlo en el Considerando 19 y en el artículo 2.11 de la mencionada Directiva, que define a los contenidos digitales como “*datos producidos o suministrados en formato digital*”. Por tanto, hay que calificar como contenido digital a los vídeos, audio, videojuegos, aplicaciones tanto de móvil como de ordenador o tablet, etc. Además, resulta indiferente a los efectos de la consideración como contenido digital si se ha accedido a ellos mediante descarga o en streaming, y también si se ha obtenido a través de un soporte material o tangible (CD, DVD, USB) o por otros medios (acceso en la web, online).

Sin embargo, según el Considerando 19, el suministro de un contenido digital a través de un medio tangible (CD, DVD, USB) será considerado un bien, no siendo así cuando se trate de contenido digital que no se suministre a través de soporte material, en cuyo caso, a efectos de la Directiva, no deberán ser clasificados como contratos de venta ni como contratos de servicios.

Por lo tanto, aquí se hace una distinción dentro de los contenidos digitales entre dos distintos tipos de contratos.

Por un lado, tenemos los contratos de venta, en los casos en los que se suministre un contenido digital a través de soporte material, por ejemplo, la compra de una película en formato CD.

Por otro lado, tenemos los contratos de suministros de contenido digital para los casos en los que se suministren de manera no tangible, por ejemplo, la descarga de una película de internet, estableciéndose, para este tipo de contrato, garantías adaptadas en cuanto al desistimiento y a la información preventiva<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup>Considerando 19 Directiva 2011/83/UE, sobre derecho de información y desistimiento: “*En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya*

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de contenido digital se encuentra regulado en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, fruto de la transposición de la Directiva 2011/83/UE, concretamente en su artículo 59 bis.1.i, conceptualizándolo exactamente con las mismas palabras que en la Directiva.

Posteriormente, la Propuesta CESL también esboza un concepto de contenido digital dentro del artículo 2, en su apartado j). Según esta propuesta son contenidos digitales *“los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del comprador, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existente; con exclusión de: i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de los usuarios”*.

Finalmente, la Propuesta de Directiva 634/2015 también define a los contenidos digitales en su artículo 2.1., como:

*“a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software.*

*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.*

---

*tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento. Además de los requisitos generales de información, los comerciantes deben informar a los consumidores de la funcionalidad y la interoperatividad pertinente del contenido digital. El concepto de funcionalidad debe hacer referencia a las posibles maneras de utilizar el contenido digital, por ejemplo, para el seguimiento del comportamiento de los consumidores, y referirse asimismo a la ausencia o la presencia de cualquier limitación técnica, como la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional. El concepto de interoperatividad pretende describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos. Conviene que la Comisión estudie la necesidad de una mayor armonización de las disposiciones de aplicación respecto del contenido digital y, en caso necesario, presente una propuesta legislativa sobre este tema.”*

*c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio.”*

De esta definición tenemos que destacar varios aspectos:

- Lo primero es que la definición que da la Propuesta de Directiva 634/2015 es bastante amplia, evitando definiciones con un nivel exhaustivo de concreción, permitiendo que la regulación de dicha Propuesta no quede obsoleta por los avances tecnológicos.<sup>18</sup>
- Otro aspecto llamativo, respecto a las anteriores regulaciones, es que, en esta propuesta, por contenido digital no se refiere tan solo a datos que un proveedor suministre a un consumidor, sino también datos que éste posea, almacene o facilite. Con ello se da entrada a los casos de datos almacenados en la nube de internet (con programas, por ejemplo, como Dropbox)<sup>19</sup>.
- Es destacable también que, a diferencia de las anteriores regulaciones, la Propuesta de Directiva 634/2015 no discrimina los contenidos digitales según el medio utilizado para la transmisión, así que no diferencia entre los contenidos suministrados a través de bienes tangibles y los contenidos suministrados a través de soportes no tangibles, por lo que a efectos de esta Propuesta ambos serían contenidos digitales y por consiguiente estarían regulados en la misma normativa. Sin embargo, no ocurría lo mismo con las anteriores regulaciones que, como hemos visto, se distinguía en función del medio a través del cual se

---

<sup>18</sup>Considerando 11 de la Propuesta de Directiva 634/2015: “Con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y mantener la naturaleza «a prueba de futuro» del concepto de los contenidos digitales, este concepto tal y como se utiliza en la presente Directiva debe ser más amplio que en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ”

<sup>19</sup>Considerando 15), Propuesta de Directiva 634/2015:” Los contenidos generados por los consumidores deben tratarse sobre la misma base que cualquier otro contenido digital que el consumidor facilite o almacene durante el periodo de duración del contrato, tales como música, archivos de vídeo, fotografías, juegos o aplicaciones. 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”

suministraba el contenido digital, no teniendo presente que, si el fin es la transmisión del mismo, es indiferente el medio.

#### **4.- La creación del contrato típico con la Propuesta de Directiva 634/2015.**

Con la Propuesta de Directiva 634/2015 el contrato de suministros digitales, y siguiendo la postura del Doctor *RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO*<sup>20</sup>, pasaría a ser un contrato típico<sup>21</sup>, distinguiéndose de otros tipos de contratos como el contrato de arrendamiento, el contrato de compraventa, el contrato de servicio, etc.

La Propuesta utiliza un concepto genérico de suministro<sup>22</sup>, con el objetivo de englobar los distintos tipos de contrato posibles, no haciendo hincapié en la forma de suministro del contenido digital. Aunque como veremos posteriormente, ello no impide que la legislación nacional de cada Estado miembro pueda dar una calificación distinta. Sin embargo, la aplicación de dicha Propuesta será de carácter preferente.

Como habíamos mencionado anteriormente, la Propuesta de Directiva 634/2015, a diferencia de las anteriores regulaciones, no diferencia entre los contenidos suministrados a través de bienes tangibles y los contenidos suministrados a través de soportes no tangibles. Ello es relevante porque la aplicación de la Propuesta se realizará sin tener en cuenta la calificación de la relación jurídica que se dé en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro. Así, si un contrato es calificado como una compraventa de bien en el ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro, se aplicaría con carácter preferente la Propuesta de Directiva 634/2015, siempre que según el ámbito de aplicación objetivo sea aplicable, y la normativa que en ese Estado miembro tuviere la compraventa de bienes resultaría desplazada.

---

<sup>20</sup>BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Introducción al Derecho de contratos”, Tratado de contratos. Vol. 1: Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato. 1ª Edic. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, pp. 99-126

<sup>21</sup>Dado que en las anteriores regulaciones únicamente se hacía mención al contrato de suministro de contenido digital, de forma incidental. Sin embargo, la Propuesta de Directiva 634/2015 ofrece una regulación de los elementos esenciales del contrato, tales como su definición, la conformidad y aspectos relativos a la falta de conformidad.

<sup>22</sup>Artículo 2.10, Propuesta de Directiva 634/2015: “«suministro»: hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o poner a disposición los contenidos digitales”.

Por lo tanto, todo contrato que se halle comprendido en el concepto que da la Propuesta de “contrato de suministro de servicios digitales”, estará regulado según la normativa de dicha propuesta, pero la calificación que de dichos contratos dé la normativa nacional de cada Estado miembro no es indiferente, debido a que se aplicará la legislación nacional de manera complementaria para todos aquellos aspectos que no hayan sido regulados por la Propuesta.

Por ello, y dada la libertad que la Propuesta da a los Estados miembro para la transposición, con el objetivo de evitar la fragmentación de la normativa en la materia, autores como MAÑKO<sup>23</sup>, proponen forzar a los Estados miembro a crear un nuevo tipo de contrato en sus ordenamientos jurídicos, el “*contrato de suministro de contenidos digitales*”. No obstante, ello resulta controvertido puesto que habría que determinar si afecta a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>24</sup>.

Debemos de tener en cuenta que, si seguimos la corriente de autores como MAÑKO, ello supondría establecer la máxima seguridad jurídica, puesto que el contrato de suministro de contenidos digitales contaría con la misma regulación en todos los Estados miembro. No haciéndolo así, estaríamos sacrificando la seguridad jurídica plena, en favor de la libertad de los propios Estados para regularse por sus propias normas y que atienden a las particularidades de cada uno de éstos. Sin embargo, aunque en un principio ello pudiera parecer que afecta gravemente a la seguridad jurídica y a los principios para los que fue diseñada la propia Propuesta, siempre que se respete las normas y derechos básicos establecidos en ésta, estaríamos cumpliendo con el objetivo, planteado inicialmente, de protección al consumidor y a los empresarios.

---

<sup>23</sup>Contracts for supply of digital content, RAFAŁ MAÑKO.(2016)

<sup>24</sup>Véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM:ai0017>, consultado por última vez el 21/04/2017, donde se establecen los siguientes requisitos para determinar cuándo puede actuar la UE: Que sea una acción que forme parte de las competencias que los tratados han atribuido a la UE (principio de atribución); Que sea en el marco de las competencias compartidas con los países de la UE, la escala de la UE es la más adecuada para alcanzar los objetivos fijados por los tratados (principio de subsidiariedad); Que el contenido y la forma de la acción no exceda lo necesario para cumplir los objetivos establecidos por los tratados (principio de proporcionalidad).

## **5.- El ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva 634/2015.**

### **5.1. Ámbito de aplicación objetivo o material.**

Para el estudio del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva debemos acudir al artículo 3. De esta forma iremos extrayendo los aspectos llamativos.

#### **5.1.1. Contraprestación dineraria.**

Como ya hemos visto, la Propuesta de Directiva se aplicará, conforme a su artículo 3.1, a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio.

#### **5.1.2. Datos como contraprestación.**

Es importante destacar otro aspecto respecto de la Propuesta de Directiva 634/2015, y es que la aplicación de dicha Propuesta no se realizará únicamente a los contratos de suministro de contenido digital en los cuales se abona un precio a cambio, sino también a aquellos contratos en los que se realiza una contraprestación no dineraria y consisten, según el artículo 3.1 de la Propuesta, en facilitar datos personales u otro tipo de datos.<sup>25</sup>

Sin embargo, tiene sus matices, y según el Considerando 14<sup>26</sup> de la Propuesta se establecen ciertas exclusiones. Así solo será aplicable la Propuesta a los contratos en los

---

<sup>25</sup>Considerando 13 Propuesta Directiva 634/2015 “*En la economía digital, los participantes en el mercado ven a menudo, y cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero. Con frecuencia los contenidos digitales no se intercambian por un precio, sino por una contraprestación diferente al dinero, es decir, permitiendo el acceso a datos personales o a otro tipo de datos. Estos modelos de negocio específicos se aplican de diferentes formas en una parte considerable del mercado. La introducción de una diferenciación dependiendo de la naturaleza de la contraprestación generaría una discriminación entre los diferentes modelos de negocio, ofrecería un incentivo injustificado a las empresas para orientarse hacia la oferta de contenidos digitales a cambio de datos. Deben garantizarse condiciones equitativas. 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*”.

<sup>26</sup> Considerando 14 Propuesta Directiva 634/2015 “*En relación con los contenidos digitales no suministrados a cambio de un precio sino por otra contraprestación diferente al dinero, la presente Directiva debe aplicarse solo a los contratos en los que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa, como el nombre y la dirección de correo electrónico o fotos, directamente al proveedor, por ejemplo mediante el registro individual o sobre la base de un contrato que permite el*

que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa, entendiéndose por “forma activa” aquellos datos como el nombre, la dirección de correo electrónico o fotos que se ponen a disposición del proveedor.

Con la Propuesta, el Parlamento Europeo ha tomado en consideración el valor que tienen los datos para las empresas, hasta tal punto de considerar aplicable la Propuesta también a esos casos en los que no hay una transacción monetaria sino de datos. Ello se debe a que, tal y como explica el Considerando 13, las empresas ven la información sobre las personas como un valor comparable al dinero. Así, es frecuente que cada vez más las empresas acudan a esta modalidad para realizar transacciones, puesto que las empresas gestionan la información proporcionada por los consumidores para no sólo tener sus datos de contacto de cara a prácticas publicitarias sino para también realizar estudios de mercado y poder conocer cuáles son las oportunidades y fortalezas de la propia empresa, o sea que permiten enfocar la producción futura de las empresas con el fin de evitar el riesgo inherente que corren al invertir en el lanzamiento de nuevos productos hacia el mercado, pues de esta forma ya cuentan con suficiente información acerca del perfil del cliente al que se van a dirigir, cuáles son sus preferencias, el poder adquisitivo, cuánto estarían dispuestos a pagar, etc.<sup>27</sup>

Es con base en ello, por lo que la Propuesta, de forma acertada, ha considerado la inclusión de este tipo de contrato en su ámbito de aplicación, dado que no hay justificación lógica alguna para su exclusión, a la vista del auge que tienen éstos y del valor que han adquirido los datos para las empresas, llegando incluso a cuantificarse<sup>28</sup>

---

*acceso a las fotos del consumidor. La presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el proveedor recaba datos necesarios para que los contenidos digitales funcionen de conformidad con el contrato, por ejemplo, la localización geográfica cuando sea necesaria para que una aplicación móvil funcione correctamente, o con el único fin de cumplir requisitos legales, por ejemplo cuando el registro del consumidor es necesario por motivos de seguridad e identificación en virtud de la legislación aplicable. La presente Directiva tampoco debe aplicarse a situaciones en las que el proveedor recaba información, incluidos datos personales, tales como la dirección IP u otra información generada automáticamente como información recogida y transmitida por una cookie, sin que el consumidor la facilite activamente, aunque el consumidor acepte la cookie. De igual forma no debe aplicarse a situaciones en las que el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales.”*

<sup>27</sup>Sobre ello, ver. HOOFNAGLE/WHITTINGTON (2014, págs. 606-670), DE FRANCESCHI/LEHMANN (2015, págs. 51-66); ZECH (2015, págs. 192-197).

<sup>28</sup>Según un estudio elaborado por The Boston Consulting Group, los datos personales tendrían un impacto directo en los beneficios de las empresas. Véase en su página web:

<sup>29</sup>. Además, es frecuente ver en la actualidad contraprestaciones consistentes en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Por ejemplo, dar determinados datos personales o ver anuncios publicitarios.

Sin embargo, siguiendo el posicionamiento del profesor *SERGIO CÁMARA LAPUENTE*<sup>30</sup>, esta propuesta presenta también un aspecto controvertido y criticable, consistente en la limitación que se hace a la hora de encajar las contraprestaciones no dinerarias en el ámbito de aplicación de la misma<sup>31</sup>. Con esta limitación las empresas pueden esquivar la aplicación de la Propuesta, obteniendo información de forma encubierta. Precisamente, con base en esa limitación, las empresas pueden recabar datos como la geolocalización, aun cuando no sean necesarios para el funcionamiento del contenido digital, pero que, conforme a la Propuesta, no son suministrados de forma activa.

Tampoco resulta lógico que, en el Considerando 14 de la Propuesta, se excluya del ámbito de aplicación a la información obtenida por cookies, aunque el consumidor acepte la cookie, puesto que es indudable que existe contraprestación: si el consumidor la acepta obtendrá el contenido digital, además del valor que tiene para el empresario los datos recibidos de esta forma. De la misma forma, es incomprensible que queden excluidas aquellas situaciones “*en las que el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales.*”, en tanto que la contraprestación consistiría en una obligación de hacer, y susceptible de valoración económica<sup>32</sup>.

---

[https://www.bcgperspectives.com/content/articles/digital\\_economy\\_consumer\\_insight\\_value\\_of\\_our\\_digital\\_identity/](https://www.bcgperspectives.com/content/articles/digital_economy_consumer_insight_value_of_our_digital_identity/), consultado por última vez el 12/05/2017.

<sup>29</sup>LANIER, J., PÉREZ SÁNCHEZ, M. (2014), también hace mención a la importancia de los datos en el mercado actual.

<sup>30</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), página 24.

<sup>31</sup>El límite establecido se encuentra en el artículo 3.1 de la Propuesta de Directiva 634/2015, en el que se regula el ámbito de aplicación de ésta, por cuanto requiere que el consumidor facilite activamente los datos. “La presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos.”

<sup>32</sup>De hecho existen numerosas empresas que pagan por el visionado de publicidad, véase Fort ad Pays, Wallstraffic, etc.

Otro de los aspectos que la Propuesta olvida es la relevancia que pudiera tener la cesión de los derechos de propiedad intelectual, sobre los contenidos subidos en redes sociales, como contraprestación por el suministro del contenido digital. No olvidemos que cuando nos registramos en una red social (por ejemplo, Facebook), estamos haciendo una cesión de derechos de autoría sobre el contenido colgado.<sup>33</sup>

No obstante, como veremos más adelante, este tipo de contratos generará dificultades a la hora de la devolución de la contraprestación en caso de resolución contractual.

### **5.1.3. Soporte.**

Además, se aplicará a los contenidos digitales que hayan sido suministrados a través de un soporte duradero, cuando se haya utilizado exclusivamente como transmisor de contenidos digitales, como sería un DVD o un CD, según el artículo 3.3 de la Directiva. Por lo tanto, a diferencia de las anteriores regulaciones, la Directiva no discrimina los contenidos digitales según el medio utilizado para la transmisión, así que no diferencia entre los contenidos suministrados a través de bienes tangibles y los contenidos suministrados a través de soportes no tangibles, que estarían regulados en distintas normativas.

### **5.1.4. Redes sociales.**

También debemos destacar que, a pesar de que el artículo 3.5 de la Propuesta, establece que dicha Propuesta no será aplicable “a los servicios de comunicación electrónica, tal como se definen en la Directiva 2002/21/CE”<sup>34</sup>, ésta será aplicable a las redes sociales, de conformidad con su artículo 2.1. c), al determinar que se aplicará la Directiva a los servicios que permitan compartir e interactuar con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio, convirtiéndolos en un contrato de suministro de contenido digital. Por lo que se cierra un interrogante que existía con anteriores regulaciones, al encajar perfectamente dicho precepto con un concepto básico

---

<sup>33</sup>ESTEBAN GUINEA, LAIA (2011)

<sup>34</sup>Véase el artículo 2.c) de la Directiva 2002/21/CE que establece el concepto de servicio de comunicación electrónica.

de red social virtual, es decir, una plataforma a través de la cual interactúan personas compartiendo contenido digital (por ejemplo, Facebook, Twitter, Instagram, etc.).

### 5.1.5. Exclusiones

En el artículo 3.5 de la Directiva también se establecen exclusiones, es decir, aquellos contratos a los cuales no se va a aplicar la Directiva. Según dicho artículo resultan excluidos:

- “a) servicios prestados con un elemento predominante de intervención humana cuando el formato digital se utilice principalmente para transferir los contenidos,*
- b) servicios de comunicación electrónica, tal como se definen en la Directiva 2002/21/CE,*
- c) servicios de salud, tal como se definen en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2011/24/CE,*
- d) servicios de juego, entendiéndose como servicios que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidos aquellos con un elemento de destreza, como las loterías, los juegos de casino, los juegos de póquer y las apuestas, por medios electrónicos y a petición individual del receptor de un servicio,*
- e) servicios financieros.”*

Además, tampoco se aplicará la Directiva, de acuerdo con el Considerando 11, *“a los contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes.”* Estaríamos hablando de juguetes electrónicos o electrodomésticos, por poner un ejemplo de lo que quiere decir la ley en el mencionado considerando. Este apartado, sin embargo, resulta controvertido puesto que no siempre es sencillo determinar cuándo se trata de contenidos digitales que están insertados en bienes, que operen como parte integrante de los mismos y que, además, sean un accesorio de las funciones principales de dichos bienes, y cuándo no resulta así. Para ver esta cuestión de una forma más práctica, lo ejemplificaremos para que resulte más sencillo:

- a) Supongamos que estamos ante la compra de un CD-DVD, en este caso nos encontramos con bienes que solo funcionan como soporte del contenido digital, puesto que la principal función del CD-DVD es el almacenamiento de contenido digital, y estaría sujeto a la Propuesta, de conformidad con su artículo 3.3.
- b) Por otro lado, en el supuesto de un automóvil, y tal como explica MAK<sup>35</sup>, hay contenidos digitales en éstos que no afectan su función principal, que es la conducción. Por lo que aquí la distinción es clara. Sin embargo, se plantea si realmente esa distinción es factible en la práctica, puesto que, si resulta afectado el contenido digital, y ello produce problemas de seguridad para la conducción, ¿estaríamos en un caso de no conformidad de bienes o de contenido digital? Además, en el caso de los coches de la marca Tesla, que han reemplazado elementos importantes de sus vehículos por tecnología digital, contratando el suministro con varias compañías, los problemas surgirían al determinar quién es el proveedor del suministro del contenido digital o de bienes, que resulta responsable de la falta de conformidad.

No obstante, en la teoría, este es un aspecto relevante, pues la calificación de un contenido digital como accesorio o como autónomo, determina cuál de los distintos regímenes jurídicos aplicar. Así que deberemos de diferenciar:

- a) Si entendemos que se trata de contenidos digitales *“insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes”*, el régimen aplicable no puede ser la Propuesta de Directiva 634/2015, pues resulta excluido de aplicación por esta misma propuesta, sino que sería en este caso aplicable la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.
- b) Si entendemos que se trata de contenidos digitales que se encuentran incluidos por el concepto que da la Propuesta de Directiva 634/2015, en su artículo 2.1,

---

<sup>35</sup>MAK, V. (2016).

resulta de aplicación dicha directiva. Por ejemplo, un videojuego o una película, independientemente del soporte a través del cual se haya adquirido.

#### 5.1.6. Celebración.

Finalmente, tenemos que poner de relieve un último aspecto. La Propuesta será aplicable a los contratos de suministro de contenido digital que sean suministrados en un soporte tangible y que se hayan realizado a distancia, ya que como explica el Considerando 12, *“debe aplicarse a los contenidos digitales suministrados en un soporte duradero, independientemente de que la venta se realice a larga distancia o en situaciones presenciales, con el fin de evitar la fragmentación entre los diferentes canales de distribución.”*

#### 5.2. Ámbito de aplicación subjetivo.

La Propuesta de Directiva 634/2015 se aplicará a las relaciones entre consumidores y empresarios, tal y como se desprende de la misma<sup>36</sup>. Así, en el artículo 3, se establece su alcance personal y material.

Sin embargo, la problemática que surge a la hora de determinar cuándo se es consumidor no es ajena a la Propuesta<sup>37</sup>, ya que para determinar el alcance subjetivo de ésta es necesario delimitar un concepto de consumidor.

Según el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Bruselas I bis), se entienden contratos con consumidores aquellos *“contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”*.

En nuestra legislación nacional también se regula el concepto de consumidor en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido

---

<sup>36</sup>Así, por ejemplo, el Considerando 1 de la Propuesta de Directiva 634/2015 dice *“...es necesario garantizar un mejor acceso a los consumidores y facilitar que las empresas suministren contenidos digitales para impulsar la economía digital de la Unión y estimular el crecimiento general.”*

<sup>37</sup>Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 enero 2005, asunto C-464/01, el tribunal resuelve una problemática en la que determina el concepto de consumidor.

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, concretamente en su artículo 3, y lo define genéricamente como aquellas “*personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*”

El problema de estos conceptos es que no siempre sabremos el uso que la persona hace del producto adquirido. Además, si le añadimos que existen productos de uso mixto, esto es, que son utilizados tanto para fines privados como profesionales, podemos observar que resulta una controversia de complicada solución. Por ejemplo, la utilización de un programa informático que puede ser destinado tanto para fines profesionales como privados.

En este escenario también cabe plantearse si, en caso de duda, un contrato que responde tanto a fines privados como profesionales, deberá considerarse un contrato celebrado por un consumidor. Este aspecto ya había sido precisado por el Tribunal Europeo de Justicia, en varias sentencias, entre ellas la sentencia de 3 de julio de 1997, en la que entiende que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición del consumidor en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras<sup>38</sup>.

Más recientemente, el Tribunal de Justicia Europeo, en su sentencia de 20 de enero de 2005, explica que sólo a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les sería de aplicación el régimen específico establecido por el Convenio de Bruselas, lo que hoy vendría a ser el Reglamento Bruselas I bis, para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justificaría en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

---

<sup>38</sup>Así lo señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, recogido en la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 3 de julio de 1997.

No debemos olvidar que, según la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo el objetivo de excluir, dentro del concepto de consumidor, a empresarios que actúan a propósito de una actividad comercial, se funda en que la razón principal es proteger de manera diferenciada a la persona que se supone que se encuentra en una posición más débil respecto de su cocontratante, que una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional no puede, en principio, ampararse en dichas disposiciones. El resultado únicamente sería distinto en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.<sup>39</sup>

## **6.- Objeto de la Propuesta de Directiva 634/2015.**

Lo que en este epígrafe nos ocupa, es el estudio de qué es lo que va a entrar a regular la Propuesta, o sea su objeto.

En el artículo 1 de la Propuesta encontramos la delimitación de su objeto. Según este artículo la Propuesta regulará en particular:

- a) normas sobre la conformidad de los contenidos digitales con el contrato
- b) los recursos en caso de falta de conformidad y las modalidades para el ejercicio de dichos recursos
- c) la modificación y resolución de dichos contratos.

### **6.1. La conformidad**

La Propuesta de Directiva 634/2015 establece, en su artículo 6, una diferencia entre los criterios subjetivos de conformidad (expectativas particulares del sujeto respecto del contenido digital) y los criterios objetivos (expectativas generales que los consumidores tienen para un determinado tipo de contenido digital).

---

<sup>39</sup>Recientemente, el Tribunal Supremo, también acoge el mismo criterio, en su sentencia de 5 de abril de 2017, en la que considera que hay que atender al fin predominante del contrato para determinar si estamos en un contrato ante consumidor o no.

En la Propuesta se da prioridad a los criterios subjetivos y sólo se permite la referencia a los criterios objetivos si el contrato guarda silencio sobre determinados aspectos o es poco claro al respecto.

Por otra parte, en los casos en los que el contrato no menciona los requisitos para el contenido digital o los términos no son claros o son incompletos, la Propuesta requiere que cualquier declaración realizada, por o en nombre del proveedor u otras personas en eslabones anteriores de la cadena de transacciones, sea tomada en cuenta. De hecho, esas declaraciones se incorporarán dentro del contrato, a menos que los proveedores muestren: que desconocían y no cabía razonablemente esperar que conocieran tales declaraciones; que la declaración se corrigió en el momento de la celebración del contrato; o que la decisión de compra del consumidor no fue influida por esa declaración.

La Propuesta incluye una regla por defecto según la cual el contenido digital debe suministrarse conforme con la versión más reciente de ese contenido, o sea tal como está disponible cuando se perfecciona el contrato. Sin embargo, no existe una regla predeterminada sobre el derecho del consumidor a las actualizaciones. Este aspecto es criticable pues teniendo en cuenta que los contenidos digitales están sometidos constantemente a ellas, debería de regularse el derecho del consumidor a las actualizaciones necesarias, que garanticen el uso y disfrute del mismo, de forma gratuita. No siendo así se dejaría al consumidor en una posición de desprotección frente a las constantes actualizaciones, que deberá aceptar si quiere que el contenido digital sea útil.

Finalmente, señalar que, si el contenido digital debe suministrarse durante un periodo de tiempo, el requisito de conformidad es aplicable durante todo ese período, y no más allá puesto que no existe derecho del consumidor a actualizaciones.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup>La Propuesta de Directiva 634/2015 únicamente menciona en su artículo 6, que los contenidos digitales deberán de estar actualizados tal y como se establezca en el contrato.

### 6.1.1. Varios aspectos de la conformidad

**6.1.1.2. La integración de contenidos digitales**, artículo 7 de la Propuesta de Directiva 634/2015. Los contenidos digitales generalmente necesitan interactuar con software y hardware existentes. Por esta razón, la noción de conformidad también cubre la integración de contenidos digitales. La integración incorrecta equivale a la no conformidad si fue integrada por el proveedor, o bajo su responsabilidad, y también si la intención era que el consumidor integrara el contenido digital, pero su incorrecta integración fue el resultado de deficiencias en las instrucciones proporcionadas por el proveedor.

**6.1.1.3. Contenido digital libre de derechos de terceros**, artículo 8. La Propuesta establece que el contenido digital debe ser, en el momento de su suministro, libre de derechos de terceros, especialmente derechos de propiedad intelectual, de modo que pueda ser utilizado de conformidad con el contrato. Si el contenido digital se suministra durante un período de tiempo, debe estar libre de los derechos de terceros durante todo ese período.

**6.1.1.4. Carga de la prueba en cuanto a la conformidad**, artículo 9. La carga de la prueba de la conformidad del contenido digital con el contrato incumbe al proveedor, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor. Sin embargo, esta inversión puede ser destruida por los proveedores si demuestran que el entorno digital del consumidor no es compatible con la interoperabilidad<sup>41</sup> y otras prescripciones técnicas del contenido digital, antes del perfeccionamiento del contrato. Además, la carga de la prueba del defecto vuelve al consumidor si éste no coopera con el proveedor “*en la medida de lo posible y necesario para determinar el entorno digital del consumidor*”. Por ejemplo, para determinar la versión del sistema operativo del consumidor o el tipo de hardware, como la impresora, cámara, etc.

---

<sup>41</sup>Artículo 2.9 de la Propuesta de Directiva 634/2015: “«interoperabilidad»: capacidad de los contenidos digitales de realizar todas sus funcionalidades dentro de un entorno digital concreto”. O sea, que la interoperabilidad sería la interacción con otros contenidos digitales, tanto software como hardware.

**6.1.1.5. La responsabilidad del proveedor,** artículo 10. El proveedor será responsable por “*cualquier incumplimiento en el suministro de los contenidos digitales, cualquier falta de conformidad que exista en el momento de suministrar los contenidos digitales y cualquier falta de conformidad que tenga lugar durante un periodo de tiempo, cuando el contrato establezca que los contenidos digitales se suministrarán a lo largo de dicho periodo*”. El hecho de que la responsabilidad del proveedor se limite a las faltas de conformidad existentes en el momento del suministro parece razonable, teniendo en cuenta que a pesar de que en la mayoría de los casos la falta de conformidad se manifiesta en un momento posterior<sup>42</sup> al del suministro o perfeccionamiento del contrato, el consumidor estará legitimado para ejercitar las acciones de saneamiento de la no conformidad frente al proveedor, siempre que dicha falta de conformidad sea preexistente a la suscripción del contrato.

## **6.2. Información precontractual.**

La Propuesta de Directiva no establece el contenido exacto de la información que debe darse previamente al perfeccionamiento del contrato. Para ello debemos irnos al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, concretamente en su artículo 60 y 60 bis. La cuestión más controvertida en este caso es el concepto de precio, ya que el Texto Refundido no lo define. Sin embargo, la Propuesta de Directiva sí que define qué debe entenderse por precio<sup>43</sup>, excluyendo de su concepto otro tipo de contraprestación que no sea dineraria. Por lo tanto, una interpretación estricta del Texto Refundido contendría una laguna en los deberes informativos sobre la contraprestación no dineraria del consumidor, careciendo de sentido, toda vez que con la Propuesta de Directiva 634/2015 se intenta equiparar los contratos suscritos a través del pago de un precio o de datos. Además, resulta necesaria la información al consumidor de la contraprestación que realizará a cambio de los contenidos digitales y de su

---

<sup>42</sup>Por ejemplo, cuando se obtiene un determinado programa informático que resulta no funcionar correctamente o cuando se adquiere un CD de música y no se reproduce.

<sup>43</sup>Artículo 2.6 de la Propuesta de Directiva 634/2015:” «precio»: dinero pagadero a cambio de los contenidos digitales suministrados”

determinación previa.<sup>44</sup> Ello es imprescindible para garantizar la conformidad del contrato y evitar la obtención de datos con posterioridad a la suscripción del mismo, de manera sorpresiva. Por ejemplo, un contenido digital que para poder hacer uso de todas sus utilidades sea necesario abonar nuevos datos o precios.

### **6.3. Garantías para el consumidor en caso de falta de conformidad.**

A continuación, desglosaremos las garantías con las que, según la Propuesta, cuenta el consumidor ante la falta de conformidad. Éstas son:

**6.3.1. Derecho a la terminación inmediata,** artículo 11. El consumidor puede resolver el contrato inmediatamente si el proveedor no ha suministrado el contenido digital, tal y como establece el artículo 5. La terminación se produce dando aviso al proveedor por cualquier medio. La Propuesta parece querer romper con la jerarquía que establece en otros casos, en cuanto a las formas de saneamiento, permitiendo que el consumidor opte por la resolución inmediata si así lo estima conveniente.

Además, por lo que respecta a los contratos a largo plazo, definidos como los que duren más de 12 meses, aunque sea como consecuencia del total de períodos renovados de suscripción, los consumidores pueden resolverlo notificando al proveedor por cualquier medio, tras haber transcurrido un periodo de 12 meses. El contrato finalizará dentro de los 14 días siguientes al momento en que el proveedor reciba la notificación.

**6.3.2. Derecho a que se resuelva la no conformidad,** artículo 12. Si el proveedor suministró el contenido digital, pero no se ajusta al contrato, el consumidor tiene derecho a que el contenido sea puesto en conformidad a lo pactado de forma gratuita, a menos que sea imposible, desproporcionado o ilegal. El proveedor deberá corregir la no conformidad “*en un plazo razonable*” desde el momento en que el consumidor haya informado de la misma. En este apartado, sería interesante que la Propuesta hubiera establecido el derecho del consumidor a la suspensión del pago hasta que no se ponga en conformidad el objeto del contrato, tal y como ya se recogía en el Propuesta CESL.

---

<sup>44</sup>Así como viene recogido en el artículo 60 y 60 bis del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, la determinación del precio es un elemento esencial del contrato.

**6.3.3. Subsidiariedad de la terminación o reducción del precio.** El derecho a que la falta de conformidad sea salvada es un recurso primario<sup>45</sup>. Por lo tanto, el consumidor no puede exigir una devolución total o parcial por adelantado, sino que debe esperar a que el proveedor salve el contenido digital “dentro de un plazo razonable”. Por lo tanto, el consumidor puede resolver el contrato o solicitar una devolución parcial, o sea, una reducción de precio, sólo si:

- la puesta en conformidad de los contenidos digitales con el contrato es imposible, desproporcionada o ilegal;
- la corrección de la falta de conformidad no se completó dentro de un plazo "razonable". Sin embargo, el “*plazo razonable*” es un término jurídico indeterminado, que no está definido en la Propuesta, dejando la consiguiente inseguridad jurídica;
- la corrección de falta de conformidad causará "*inconvenientes significativos*" al consumidor. Estamos ante otro concepto indeterminado que no está definido en la Propuesta;
- el proveedor ha declarado que no corregirá la falta de conformidad, o cuando así resulta de las circunstancias.

En caso de optar por una reducción de precio, será proporcional al valor en que se han visto reducidos los contenidos digitales efectivamente suministrados en comparación con el contenido digital que se hubiera establecido en el contrato.

Como podemos ver, la Propuesta deja al arbitrio del proveedor la corrección de la falta de conformidad en casos en los que no sea imposible, ilegal o desproporcionado. Ello supondría romper con la jerarquía, que parece que ha querido establecer la Comisión, de manera injustificada, además de silenciar el principio de conservación del contrato.

---

<sup>45</sup>Considerando 36 de la Propuesta de Directiva 634/2015: “*En caso de no conformidad con el contrato, los consumidores deben tener derecho como primer recurso a que los contenidos digitales sean puestos en conformidad.*”

**6.3.4. Exclusión del derecho a resolver el contrato cuando la no conformidad es leve,** artículo 12. Se excluye el derecho del consumidor a resolver el contrato, a pesar de la falta de conformidad del contenido digital, si la falta de conformidad no perjudica la funcionalidad, la interoperabilidad o las características de "*otras prestaciones principales*" del contenido digital, tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad. La carga de la prueba incumbe al proveedor.

**6.3.5. Terminación *pro rata temporis*,** artículo 13. Si el consumidor ha suscrito contenido digital durante cierto período de tiempo a cambio de una tarifa y el contenido digital ha sido defectuoso durante una parte de ese tiempo, pero estuvo en conformidad con el contrato durante la parte restante del período de suscripción, el consumidor sólo podrá resolver el contrato en lo que respecta al período de no conformidad. En ese caso, el reembolso adeudado por el proveedor también será proporcional.

#### **6.4. Consecuencias jurídicas de la resolución contractual por el consumidor.**

La Propuesta contiene normas detalladas sobre los derechos y deberes de las partes en caso de resolución, ya sea por falta de suministro o de falta de conformidad. Todas ellas están contenidas en el artículo 13. Sin embargo, según su artículo 3.9, en materia de resolución contractual se permite la aplicación del derecho nacional, en aquellos aspectos no regulados por la Propuesta<sup>46</sup>, dando lugar a diferencias normativas entre Estados.

Las consecuencias jurídicas de la resolución contenidas en el artículo 13 son:

**6.4.1. Obligación de devolución del precio pagado.** En primer lugar, de conformidad con el artículo 13, el consumidor deberá ser reembolsado "*sin demora indebida*" y no más tarde de 14 días a partir de la recepción de la notificación de terminación.

---

<sup>46</sup>No hay que olvidar que las normas de la Propuesta serán, conforme a su artículo 19, obligatorias (*ius cogens*), lo que significa que las cláusulas contractuales no pueden desviarse de ellas en detrimento del consumidor. Sin embargo, los consumidores pueden acordar condiciones distintas una vez que la falta de conformidad de los contenidos digitales se ha puesto en conocimiento de los proveedores.

**6.4.2. Obligación del proveedor de abstenerse de utilizar los datos del consumidor.** Si el consumidor proporciona un rendimiento distinto del dinero, por ejemplo, datos personales, el proveedor debe tomar las medidas adecuadas para abstenerse de utilizar dicha contraprestación. Lo mismo se aplica al contenido subido por el consumidor, por ejemplo, a la nube o a una plataforma de medios sociales, excepto para el contenido generado conjuntamente por el consumidor final y otros usuarios, si esos otros usuarios siguen utilizando ese contenido. Este apartado en la práctica plantearía problemas probatorios, como veremos más adelante.

**6.4.3. Derecho del consumidor a recuperar todo el contenido aportado al proveedor.** Además, el proveedor debe proporcionar al consumidor medios técnicos para recuperar todo el contenido que ha proporcionado, así como cualquier otro dato producido o generado por el consumidor, en la medida en que los datos hayan sido puestos a disposición del proveedor. Los datos deben de ser devueltos al consumidor de forma gratuita, dentro de un tiempo razonable y en un formato comúnmente utilizado, por ejemplo, un formato de archivo popular, como puede ser documento Word. Sin embargo, pienso que debería de utilizarse siempre un formato de archivo de software libre, ya que es accesible para cualquier persona, o en formato papel.

**6.4.4. Obligación del consumidor de dejar de utilizar contenido digital y de devolver los medios duraderos a través de los cuales se ha suministrado el contenido digital.** Si el contenido digital, por ejemplo, una aplicación, una película o un libro electrónico, no se suministra en un soporte duradero, el consumidor debe abstenerse de utilizarlo, no debe ponerlo a disposición de terceros y debe borrarlo o hacerlo de otra manera ininteligible. Una vez finalizado el contrato, el proveedor tiene el derecho de impedir cualquier uso posterior del contenido digital. Si el contenido digital se suministra en un soporte digital duradero, por ejemplo, un DVD o CD-ROM, el consumidor deberá devolverlo al proveedor a expensas del proveedor sin demora injustificada, no sobrepasando el plazo máximo de 14 días desde la recepción de la solicitud del proveedor. También se aplica la obligación de eliminar el contenido digital, si se copió del medio duradero. Sin embargo, en la práctica resulta complicado para el proveedor asegurarse de que el consumidor ha eliminado el contenido. A pesar

de que existen mecanismos de DRM que pudieran servir de garantía, también resulta fácilmente burlable.

#### **6.4.5. Derecho del consumidor a la indemnización por los daños ocasionados por el proveedor, artículo 14.**

Aparte de los remedios por la falta de conformidad (puesta en conformidad del contenido, reducción de precio, terminación), la Propuesta también prevé la obligación del proveedor de indemnizar al consumidor.

El derecho del consumidor a la indemnización por los daños ocasionados por el proveedor es posible siempre que los contenidos digitales no conformes causen "*perjuicio económico al entorno digital del consumidor*"<sup>47</sup>. Lo mismo resulta de aplicación si dicho "*perjuicio económico*" se debió por consecuencia de la falta de suministro del contenido digital por el proveedor.

La norma sobre daños y perjuicios establece que su finalidad es "*poner al consumidor lo más posible en la posición*" en la que se hubiera encontrado si el contenido digital hubiera sido debidamente suministrado y puesto de conformidad con el contrato.

El concepto de "*perjuicio económico*" no está definido en el artículo 14. Pero el preámbulo explica que el perjuicio sufrido por el consumidor puede extenderse tanto al software como al hardware.

Finalmente, la Propuesta prevé que las normas específicas sobre el "*ejercicio del derecho a la indemnización*" sean establecidas por los Estados miembro.

#### **6.5. La modificación de los contenidos digitales por el proveedor durante el tiempo de suscripción, artículo 15.**

Si el consumidor adquiere un contenido digital que es suministrado durante un período de tiempo, el proveedor sólo podrá modificar dicho contenido digital si el

---

<sup>47</sup>Por ejemplo, un determinado programa informático infectado con un virus que afecte al ordenador.

contrato lo permite y siempre que se notifique al consumidor y tenga derecho a resolver el contrato en un plazo mínimo de 30 días desde la notificación.

El proveedor deberá reembolsar al consumidor *pro rata temporis* la cantidad correspondiente por el período de suscripción no utilizado. En cambio, si el consumidor proporcionó una contraprestación distinta del dinero, por ejemplo, datos personales, el proveedor debe dejar de usarlos.

#### **6.6. Garantías del proveedor respecto a las personas anteriores en la cadena de transacciones.**

Cuando los proveedores son responsables ante el consumidor por no proporcionar el contenido digital o no proporcionarlo en conformidad con el contrato, pueden emprender acciones contra las personas anteriores en la cadena de transacciones.

La legislación nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes.

#### **6.7. El problema de la resolución del contrato cuando no ha habido contraprestación dineraria.**

Dado que la Propuesta de Directiva 634/2015 incluye en su ámbito de aplicación, tanto a contratos de suministros digitales a cambio de una contraprestación dineraria, como a cambio de una contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos, podrían surgir problemas derivados de la resolución contractual y los remedios con los que cuenta el consumidor tras la resolución. Por ejemplo, cuando se habla de resolución de un contrato suscrito a cambio contraprestación dineraria, la Propuesta presenta un remedio de reducción del precio. Sin embargo, cuando estamos ante un contrato suscrito a cambio de datos, esta solución no resulta ser posible<sup>48</sup>. También resulta imposible la resolución parcial del contrato cuando el contrato fue suscrito a cambio de datos, pues tal y como el Considerando 42 reza, “*es imposible distribuir proporcionalmente una contraprestación no dineraria*”.

---

<sup>48</sup>Véase el artículo 12.4 de la Propuesta de Directiva 634/2015, donde se establece la posibilidad de reducción del precio en caso de falta de conformidad.

A pesar de las dificultades que se derivan de la resolución de este tipo de contratos, no puede extenderse el trato que la Propuesta CESL pretendía darle inicialmente. En este sentido, la Propuesta intentaba diferenciar los contratos en función de si eran suscritos a cambio de dinero o a cambio de datos, dando mayor importancia a los contratos suscritos a cambio de dinero. Todo ello, con base en la idea de que los datos que se proporcionaban en la relación contractual, como contraprestación, tenían menor valor que el dinero. Ésa era la justificación que se daba para establecer una pérdida de derechos del consumidor, en función de si contrataba mediante contraprestación dineraria o a través de datos.

No obstante, la Propuesta de Directiva 634/2015, supera la idea errónea de que los consumidores que suscriben contratos mediante contraprestación dineraria deben de estar más protegidos que los que lo hacen a través de datos, dado que se trata igualmente de una contraprestación capaz de ser valorada monetariamente y no hay justificación lógica para no otorgarles el mismo nivel de protección. Sin embargo, aunque ambos deban tener las mismas garantías, resulta complejo dar soluciones prácticas que los equipare en cuanto a los remedios que disponen para el caso de que se dé una falta de conformidad. De esta manera, en la Propuesta se dan las siguientes soluciones para los consumidores que han suscrito el contrato sin contraprestación dineraria:

- a) Exigir que los contenidos sean puestos en conformidad con el contrato, (artículo 12).
- b) Para el caso de que no sea posible la puesta en conformidad de los contenidos, podrá exigir la resolución total del contrato, (artículo 13).

Como podemos ver, la Propuesta otorga dos opciones al consumidor menos flexibles que las establecidas para el caso de que la contraprestación sea dineraria, por cuanto, dadas las especificidades de la contraprestación, no se le permite una reducción del precio ni una resolución parcial del contrato.

Cuestión problemática resulta de la resolución del contrato, en la que el proveedor debe de entregar al consumidor el precio pagado por el contenido digital. Aquí, lo

relevante es que el precio son datos, por lo que la Propuesta, en su artículo 13, resuelve de dos maneras:

- Absteniéndose el proveedor de usar los datos entregados por el consumidor a cambio del contenido digital y cualesquiera otros datos que se obtengan de la relación contractual, exceptuándose los generados por el consumidor conjuntamente a otras personas que continúen utilizando el contenido.
- Facilitando el proveedor los medios técnicos para la recuperación de los datos que el consumidor le haya entregado, incluyéndose los generados por éste mediante la utilización de los contenidos digitales. Además, ello debe hacerse sin suponer coste alguno para el consumidor, en un plazo de tiempo razonable y en un formato habitualmente utilizado.

Los problemas pueden surgir a la hora de la abstención de utilizar los datos proporcionados por el consumidor, no teniendo éste constancia de que efectivamente sus datos han sido dejados de utilizar. Es por ello que, en este aspecto, la Propuesta no ha sabido buscar una solución eficaz a efectos de aplicación práctica. Además, el consumidor como parte más débil en la relación contractual queda menos protegido, pues el proveedor puede utilizar mecanismos de garantía como ciertos DRM.

Por otro lado, también podrían surgir controversias en aquellos casos en los que el consumidor facilita datos y permite la cesión de éstos a terceros. Sin embargo, conforme al Considerando 37 de la Propuesta “el proveedor no debe estar obligado a realizar trámites adicionales en relación con los datos que el proveedor haya facilitado legalmente a terceros”. Por lo que, teniendo en cuenta que los datos fueron facilitados legalmente, no se le podría reclamar nada al proveedor.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup>En este sentido, debemos remitirnos al artículo 7.3 del Reglamento General de Protección de Datos, por cuanto establece que la retirada del consentimiento no afecta a la licitud del tratamiento de los datos anterior a su retirada.

## 6.8. La prescripción de las acciones del consumidor para el saneamiento de la falta de conformidad.

Una vez abordados los remedios que tiene el consumidor ante la falta de conformidad del contenido digital respecto al contrato, debemos de hablar de otro aspecto importante, la prescripción.

En la Propuesta no se establecen plazos de prescripción de las acciones del consumidor. Teniendo en cuenta que su objetivo principal es la armonización de la normativa en materia de contrato de suministro de contenido digital, supondría ir contra sus propios objetivos, pues deja vía libre para que cada Estado miembro se remita a sus normativas en cuanto a la prescripción. Por tanto, no se logra paliar la inseguridad jurídica que supone la fragmentación de la regulación.

Si bien estoy de acuerdo con el Considerando 43 de la Propuesta cuando justifica que no se establezca un periodo de garantía pues *“debido a su naturaleza, los contenidos digitales no son objeto de desgaste”*, implicando ello que el consumidor esté protegido ante cualquier falta de conformidad que se haya puesto de manifiesto en un momento posterior al suministro del contenido digital, siempre que sea preexistente<sup>50</sup>, y sin límite temporal, discrepo en cuanto a la posibilidad que se brinda a los Estados para aplicar la legislación nacional en materia de prescripción, por las razones ya comentadas anteriormente.

Cuestión distinta surge cuando nos encontramos en un supuesto de cambio de hardware<sup>51</sup>, tras el cual el contenido digital no puede utilizarse por ser incompatible con dicho cambio. En este caso, podríamos entender que no se trata de una falta de conformidad y, por lo tanto, no debe responder el proveedor. En primer lugar, porque el contenido digital se suministra en atención a un entorno digital establecido; en segundo lugar, porque el proveedor, conforme al artículo 10.b) de la Propuesta, será responsable de la falta de conformidad que *“exista en el momento de suministrar los contenidos*

---

<sup>50</sup>Recordemos que el artículo 10.b) de la Propuesta determina la responsabilidad del proveedor para *“cualquier falta de conformidad que exista en el momento de suministrar los contenidos digitales”*

<sup>51</sup>Por ejemplo, el paso del VHS al DVD o los videojuegos de Play Station 1 que no pueden correr en las videoconsolas posteriormente comercializadas ( Play Station 2, etc.)

*digitales*”, por lo que un cambio de hardware, al ser posterior al suministro, no se podría achacar al proveedor; y en tercer lugar, porque la Propuesta tampoco regula un derecho de actualizaciones del consumidor, remitiendo a lo establecido en el contrato y, según reza su Considerando 29 *in fine*, el contenido digital estará actualizado a la “*versión más reciente que esté disponible en el momento de celebrar el contrato*”, por lo que resultaría incoherente extender obligaciones al proveedor más allá del momento del suministro, salvo que sean derivadas de una causa anterior.

Teniendo en cuenta que la Propuesta no contiene plazo alguno de garantía de la conformidad, entiendo que, atendiendo a la seguridad del tráfico, se debería de establecer un plazo de prescripción que, en consonancia con la posición de MAK<sup>52</sup>, debe de ser razonable puesto que los defectos pueden aparecer tiempo después del suministro. Ello no solo con base en la seguridad del tráfico sino para el cumplimiento del objetivo de armonización normativa, evitando la aplicación de la legislación nacional.

## **7.- Incidencia de la Propuesta de Directiva 634/2015 en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.**

### **7.1. Sobre la Ley de Propiedad Intelectual.**

Anterior a la creación del contrato de suministro de contenido digital, para la adquisición de estos, debíamos acudir a un contrato de compraventa. Este es un punto vital en la incidencia de la Propuesta de Directiva 634/2015 en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Para entender esta incidencia debemos plantearnos una situación común: ¿Podría copiar el contenido digital que adquirí? Pues bien, para dar una respuesta vamos a

---

<sup>52</sup>MAK,V. (2016), páginas 21-22.

distinguir entre lo dispuesto según la regulación anterior a la Propuesta y tras la futura entrada en vigor de ésta.

Con la regulación anterior a la Propuesta, el contenido digital era adquirido con el perfeccionamiento de un contrato de compraventa. Así, si acudimos a la Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 31, observamos que no se requerirá autorización del autor para realizar una copia privada siempre que:

- a) Se lleve a cabo por una persona física para su uso privado, nunca para fines comerciales, ni profesionales.
- b) El contenido digital se haya obtenido “desde una fuente lícita”, entendiéndose como tal, el contenido digital que se adquirió mediante un contrato de compraventa mercantil
- c) Con la obtención de la copia no haya ánimo lucrativo, ni sea “objeto de utilización colectiva”.

Por lo tanto, en ese contexto el consumidor que haya adquirido un contenido digital, salvo las exclusiones contenidas en el artículo 31, podrá realizar copias sin autorización del autor.

Sin embargo, si tenemos en cuenta la regulación contenida en la Propuesta, no estaríamos hablando ya de una compraventa, que sí resulta amparada en la Ley de Propiedad Intelectual. Así que dejaríamos, injustificadamente, fuera de toda posibilidad de copia privada al consumidor que adquiera un contenido digital. De esta forma, tendrá más derecho el usuario que obtiene un libro en formato papel que uno que lo obtenga en formato digital, porque el primero puede copiarlo, dándose los requisitos del artículo 31, y el segundo resultaría excluido de tal posibilidad.

Es por ello por lo que se hace necesaria una adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual, si entra en vigor la Propuesta, que incluya los contratos de suministro de contenido digital y no deje al consumidor del contenido digital en peor situación que el consumidor tradicional.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup>Entiéndase por consumidor tradicional aquél que no es usuario de contenido digital.

Caso aparte es el establecimiento del llamado canon digital, ya derogado, que deja en peor condición al consumidor digital, que debe abonar una tasa por la adquisición de medios de grabación y reproducción para paliar los efectos económicos que sobre los autores producía la realización de la copia privada que la propia ley permite.

En la actualidad, tras haberse declarado nulo el sistema de pago de canon<sup>54</sup>, elaborado por el Partido Popular, se ha preparado un borrador de decreto ley<sup>556</sup> que modificará la Ley de Propiedad Intelectual con el objetivo de cobrar la tasa por derechos de autor. Este proyecto de reforma tiene por objeto gravar cualquier aparato susceptible de reproducir obras protegidas, independientemente de que dicho aparato contenga copias de obras protegidas o no. Ello conlleva a situaciones tales como pagar una tasa por un aparato de reproducción, aunque no sea utilizado para el archivo de copias. Teniendo en cuenta las tendencias de consumo actuales, parece que dicha modificación estaría al margen de toda realidad, pues en la actualidad el consumo de contenidos digitales ha tendido a hacerse mediante streaming, donde el consumidor paga una licencia por la reproducción. Por lo tanto, una tasa de esta característica supondría una imposición que desde luego carece de justificación práctica.

## **7.2. Sobre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.**

Como hemos visto anteriormente, la Propuesta se aplicará también a aquellos contratos que han sido suscritos mediante contraprestación no dineraria, en forma de datos. Por ello conviene estudiar el trato que la Propuesta da a esos datos y la incidencia de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

---

<sup>54</sup>El modelo de canon digital puesto en marcha por el Gobierno del PP es contrario al derecho comunitario. El sistema se trata de una compensación que sale directamente de los presupuestos generales del Estado. El importe de la compensación se fija anualmente pero siempre dentro de un tope preestablecido. Según el Tribunal Europeo este sistema adolece de defectos que lo hacen incompatible con el derecho europeo ya que no garantiza que sean sólo las personas físicas quienes asuman el coste de la compensación. “La partida presupuestaria destinada al pago de la compensación equitativa se alimenta de la totalidad de los recursos con los que cuentan los Presupuestos Generales del Estado, y, por tanto, de todos los contribuyentes, incluidas las personas jurídicas”.

<sup>55</sup><https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2017/canon-digital080217>, consultado por última vez el 09/05/2017.

<sup>56</sup>El proyecto ha sido aprobado, recientemente, por el Consejo de Ministros: <http://www.20minutos.es/noticia/3081244/0/aprobado-nuevo-canon-digital-moviles-cd-memorias/>, consultado el 04/07/2017.

Según el artículo 3.8 de la Propuesta de Directiva 634/2015, la regulación de ésta se entenderá “sin perjuicio de la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal”. Además, de acuerdo con el considerando 37, “el proveedor debe adoptar todas las medidas para cumplir las leyes de protección de datos eliminándolos o transformándolos en anónimos”. Por lo que la remisión a la normativa de protección de datos es total, no interfiriendo la Propuesta en la regulación dada por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

## **8.- Jurisprudencia**

Sobre propiedad intelectual y derecho a la reventa:

### **8.1. Sentencia de 30 de marzo de 2013 en el asunto *Capitol Records v ReDigi*. Dictada por Richard Sullivan, juez del distrito de Nueva York.<sup>57</sup>**

ReDigi es un mercado en línea para la venta de música digital de segunda mano y el único servicio de almacenamiento en la nube que verifica si cada archivo de música subido para almacenamiento se adquirió legalmente<sup>58</sup> y que no se guarda copia alguna del mismo. Así, tal y como ocurre en el mercado físico, cuando se vende el archivo se pierde la titularidad de éste, en favor del comprador, que tendrá la plena disposición. En definitiva, ReDigi posibilita la reventa de archivos musicales, legalmente adquiridos, pero a menor precio que los de primera mano.

Es por ello que la compañía Capitol Records decide demandar a ReDigi por infringir los derechos de propiedad intelectual.

Finalmente, el tribunal entendió que se vulneraba el derecho de reproducción y de comunicación pública, fallando a favor de la demandante.

En cuanto al derecho de reproducción, el tribunal entiende que se afecta a éste siempre que la obra se inserte en un nuevo objeto material, aunque haya sido eliminado

---

<sup>57</sup>Enlace web de la sentencia, consultado por última vez el 12/05/2017: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=historical>

<sup>58</sup>Concepto extraído de <https://en.wikipedia.org/wiki/ReDigi>. Última visita 09/05/2017

del medio en el que se encontraba antes de la transmisión. Además, destaca que se trata de un servicio “*que se beneficia económicamente de la venta del contenido íntegro de obras protegidas y que es previsible que afecte de manera significativa al mercado primario de esas obras musicales*. Asimismo, estima que “*los actos de reproducción y distribución de las obras musicales que se producen en el marco del funcionamiento de ese servicio no resultan amparadas por la doctrina del fair use.*”<sup>5960</sup>

## **8.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio, de 2011. Caso *UsedSoft vs Oracle*.<sup>61</sup>**

Oracle desarrolla y distribuye programas de ordenador. Dicha empresa es titular del derecho de uso exclusivo de tales programas en virtud de los derechos de autor.

En la mayoría de los casos Oracle distribuye los programas de ordenador controvertidos en el litigio principal, a saber, software de bases de datos, mediante descargas de Internet. El cliente descarga en su ordenador directamente de la página web de Oracle una copia del programa. Se trata de programas de ordenador que funcionan con arreglo a la modalidad “cliente/servidor”. El derecho de uso del programa, concedido mediante un contrato de licencia, incluye el derecho de almacenar de manera permanente la copia del programa en un servidor y permitir a un determinado número de usuarios acceder al mismo descargando la copia en la memoria principal de sus estaciones de trabajo. En virtud de un contrato de mantenimiento, se pueden descargar de la página web de Oracle versiones actualizadas del programa de ordenador de que se trate y programas que sirven para subsanar errores. A petición del cliente, los

---

<sup>59</sup>El fair use es un criterio jurisprudencial desarrollado en el sistema del derecho anglosajón (o *common law*), el cual permite un uso limitado de material protegido sin necesitar permiso del dueño de dichos derechos, por ejemplo, para uso académico o informativo. Permite la cita o incorporación, legal y no licenciada, de material protegido en un trabajo de otro autor, bajo el requerimiento de cumplir cuatro condiciones. Véase: <https://copyright.columbia.edu/basics/fair-use.html>. Universidad de Columbia. Consultado el 10 de mayo de 2017.

<sup>60</sup>Para más información véase comentario sobre la sentencia en: <http://pedroemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/04/la-reventa-en-linea-de-contenidos.html>, consultado por última vez el 12/05/2017.

<sup>61</sup>Enlace web de la sentencia, consultado por última vez el 12/05/2017: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=es&m ode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=53137>

programas de ordenador controvertidos pueden proporcionarse también en CD-ROM o en DVD.

En la otra parte, como demandada se encuentra UsedSoft, que comercializa licencias de segunda mano de programas de ordenador, concretamente licencias de uso relativas a los programas de ordenador de Oracle controvertidos en el litigio principal. A tal efecto, UsedSoft adquiere a los clientes de Oracle las licencias de uso, o bien una parte de éstas cuando las licencias inicialmente adquiridas son válidas para un número de usuarios mayor del que necesita el primer adquirente.

UsedSoft ofertó «promociones especiales Oracle», en el marco de las cuales ponía en venta licencias «ya utilizadas» relativas a los programas de ordenador de Oracle controvertidos en el litigio principal. De este modo, UsedSoft indicaba que todas las licencias estaban «actualizadas», en el sentido de que el contrato de mantenimiento suscrito por el licenciatario inicial con Oracle seguía produciendo sus efectos y que un documento notarial confirmaba la legalidad de la venta inicial.

Los clientes de UsedSoft que aún no disponen del programa de ordenador de Oracle controvertido descargan directamente de la página web de Oracle, tras haber adquirido una de estas licencias de segunda mano, una copia del programa.

En el presente caso, el Tribunal entiende que los propietarios de programas de ordenador descargados de Internet quedan facultados para revenderlos a terceros, siempre que eliminen o hagan inutilizable la copia que descargaron a su ordenador de internet previamente. De esta forma, el Tribunal estableció que el agotamiento del derecho de distribución se produce tanto en la venta en formato material como en formato intangible.

La sentencia establece que la ausencia del agotamiento del derecho de distribución de los propietarios de programas en formato digital excede del objeto específico de la propiedad intelectual, cayendo en el error de considerar que en el precio de la venta se tenía en cuenta el agotamiento del derecho de distribución. Debemos advertir que en el artículo 19 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual se determina el

concepto de distribución como “la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible”, determinando el agotamiento únicamente a las ventas en soporte tangible. Por lo tanto, el vendedor de contenidos digitales en soporte intangible no incluía en el precio el agotamiento del derecho de distribución, como sí lo hacía el vendedor en soporte tangible.

### **9.- La Propuesta de Directiva 634/2015 en el Derecho español.**

A la vista de la regulación que propone la Propuesta de Directiva 634/2015, cabría preguntarse si supone una variación sustancial respecto a las normas contenidas en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Entre ambos cuerpos normativos no existen realmente diferencias trascendentes. Sin embargo, dentro de los aspectos más destacables que trae la Propuesta, podemos encontrar la protección de los consumidores que optan por una contraprestación no dineraria como forma de pago y también la carga de la prueba en la imputación de la responsabilidad al proveedor ante la falta de conformidad, en cuyo caso corresponde al vendedor y no al consumidor.

Sin embargo, la Propuesta es un proyecto ambicioso que debe de ser analizado en el contexto internacional, y no tanto en el plano nacional, ya que el objetivo fijado es la creación de un Mercado Único Digital. Por lo que, aunque haya Estados en los que la Propuesta no se presente como una normativa revolucionaria o novedosa, y tal como explica la Comisión Europea<sup>62</sup>, la mayoría de los Estados miembro no cuentan con regulación vigente en materia de contenido digital defectuoso. Además, en numerosas ocasiones ha justificado<sup>63</sup> que, mientras que ya ha habido armonización de las normas de protección de los consumidores en el conjunto de la UE en determinados ámbitos, los Estados miembro mantienen diferencias en el Derecho contractual de los consumidores. Así, respecto a los derechos de los consumidores en caso de mercancías defectuosas, la Comisión advierte que existen veintiocho conjuntos de normas contractuales en materia de consumidores parcialmente diferentes, ya que a nivel de la UE no ha habido una

<sup>62</sup>Véase [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6264\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6264_es.htm). Última revisión el 20/05/2017.

<sup>63</sup>Véase exposición de motivos de la Propuesta de Directiva 634/2015.

norma de armonización máxima y solo existen requisitos mínimos. Es por eso ello que la Propuesta se presenta como un instrumento necesario en el marco de la Unión Europea.

## **10.- Conclusiones.**

A raíz del presente estudio se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º) En primer lugar, se ha puesto de manifiesto la necesidad del legislador europeo de armonizar la normativa en materia de contrato de suministro de contenido digital. Ello, basado en la transformación social derivada del desarrollo de las tecnologías y en la fragmentación jurídica existente. Por lo que la creación del Mercado Único Digital supondría impulsar tanto la oferta como la demanda de contenidos digitales, dotándolo de seguridad jurídica.

2º) En segundo lugar, en cuanto a la regulación dada por la Propuesta de Directiva 634/2015, se puede concluir que ha supuesto ser un acierto en aspectos como la amplitud de su ámbito de aplicación, el régimen de conformidad y el intento de equiparar los derechos de los consumidores, tanto los que hayan suscrito el contrato a cambio de contraprestación dineraria como los que lo hayan hecho mediante datos.

3º) En tercer lugar, respecto a los puntos más criticables de la Propuesta son:

- Respecto al ámbito de aplicación, el matiz que realiza de estar sujeto únicamente en caso de proporcionar datos de forma activa puede facilitar la obtención de datos de manera encubierta. La exclusión de las cookies y de otras formas de contraprestación, como el visionado de publicidad, carece de sentido, pues en ambos casos habría contraprestación.

- Desde el punto de vista de la protección del consumidor, la Propuesta no establece el contenido exacto de la información precontractual que debe darse previamente al perfeccionamiento del contrato, lo que supondría que cada Estado aplique sus normativas en esta materia. Además, teniendo en cuenta la legislación

española y la Propuesta, el coste de los contenidos digitales en los casos de contraprestación no dineraria no es información precontractual obligatoria.

- La falta de reconocimiento del derecho a las actualizaciones necesarias, de forma gratuita.

- La falta de plazo de prescripción, que permite la aplicación de la normativa de cada Estado miembro en esta materia.

- La posibilidad del proveedor de rechazar arbitrariamente la puesta en conformidad del contenido digital, rompiendo así con el principio de conservación del contrato.

- En cuanto a las consecuencias de la resolución contractual, la Propuesta no ha sabido dar una solución que sea factible desde un punto de vista práctico, puesto que resulta complicado a efectos probatorios demostrar la eliminación del contenido digital o que el proveedor se abstendrá de utilizar los datos del consumidor suministrados como contraprestación. Pero aun si cabe alguna garantía, sería únicamente en favor de la parte más fuerte de la relación contractual, mediante sistema de DRM. Por lo que en este sentido habría que estudiar con mayor rigor una posibilidad que sea factible y que no deje al consumidor a la suerte de la buena fe del proveedor.

- Dado que el principal recurso de saneamiento es la puesta en conformidad, sería ventajoso para el consumidor que la Propuesta incluyera el derecho de éste a la suspensión del pago hasta la puesta en conformidad de los contenidos digitales con el contrato.

- La remisión que hace el artículo 3.9 de la Propuesta a la aplicación del derecho nacional en materia de resolución contractual, supone una merma al principio de seguridad jurídica que se buscaba con la elaboración de esta normativa de armonización.

4º) Por último, sería necesaria la adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual, si entra en vigor la Propuesta, que incluya la posibilidad de realizar copia privada a los

usuarios de contratos de suministro de contenido digital y no deje al consumidor del contenido digital en peor situación que el consumidor tradicional.

Finalmente, a la vista de esta obra podemos deducir que los contenidos digitales serán objeto de futuras discusiones parlamentarias, pues resulta evidente que estamos en una era digital.

### **11.- Bibliografía.**

ALBIEZ DOHRMANN, K., PALAZÓN GARRIDO, M. AND MÉNDEZ SERRANO, M. (2011). Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España. 1ª edición, Barcelona: Atelier.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). Introducción al Derecho de contratos, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (coord.), Tratado de contratos. Vol. 1: Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, páginas 99-126.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9/12/2015. InDret, revista para el análisis del derecho.

CASTILLO PARRILLA, J. (2016). La previsible evolución de la regulación de los contenidos digitales en el Derecho de la Unión Europea (Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales). Revista Lex Mercatoria. Artículo nº 3, páginas 12-16.

COMISIÓN EUROPEA (2015). Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas.

DE FRANCESCHI, A., LEHMAN, M. (2015). Data as tradeable commodity and new measures for their protection. The Italian Law Journal.

ESTEBAN GUINEA, LAIA (2011). Las Fotografías y los derechos de autor en Facebook. Revista *Fepfi*. Artículo nº 9, páginas 54-57.

HOOFNAGLE JAY, C., WHITTINGTON, J. (2014). Free: accounting for the costs of the Internet's most popular Price. *University of California Law Review*. Artículo nº 61, páginas 606-670.

JUNKER, J.C. (2014). Un nuevo comienzo para Europa: mi agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea, Estrasburgo.

LANIER, J., PÉREZ SÁNCHEZ, M. (2014). ¿Quién controla el futuro?. 1ª edición, Barcelona: Debate.

MAK, V. (2016). The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, en Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments, Brussels.

MAŃKO, R. (2017). Briefing EU Legislation in Progress, Contracts for supply of digital content. European Parliamentary Research Service.

MAŃKO, R. (2016). Contracts for supply of digital content A legal analysis of the Commission's proposal for a new Directive. European Parliamentary Research Service.

MARÍN LÓPEZ, M. (2017). La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017. Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha.

MILÀ RAFEL, R. (2016). Intercambios digitales en Europa: las Propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha.

SPLINDER, G. (2016). Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015. InDret, revista para el análisis del derecho.

ZECH, H. (2015). Information as Property. Jipitec (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law). Artículo nº 5, páginas 192-197.