

EL CÓDIGO CIVIL EN LA ERA DIGITAL: TRADICIÓN E INNOVACIÓN EN EL DERECHO ALEMÁN DE OBLIGACIONES

Reiner Schulze

Catedrático de Derecho Civil y director del Instituto de Historia Jurídica
Universidad de Münster
Director del Instituto de Derecho Mercantil Internacional

TITLE: *The civil code in the digital age: tradition and innovation in German law of obligations*

RESUMEN: El trabajo del Pr. Schulze aborda una preocupación recurrente entre los juristas de nuestros días: la necesidad de regular las nuevas realidades surgidas de los avances tecnológicos de la era digital. Obliga además a preguntarse por el modo de hacerlo, lo cual, al menos en el contexto continental, plantea el dilema entre realizarlo a través de leyes especiales o incluso de un código digital, por un lado, o mediante la integración en el contexto jurídico general que representan los códigos de consumo o, todavía más general, los códigos civiles, por otro.

Explica la opción del legislador alemán de integrar las llamadas “Directivas gemelas” sobre contrato de compraventa de bienes y de servicios digitales con consumidores, en el BGB, además de ampliar su contenido al Derecho de obligaciones y contratos, el significado que ha tenido para la sistemática y ampliación conceptual del texto del código, su contenido más importante y las previsiones de futuro sobre la utilización de esa misma técnica.

ABSTRACT: *Professor Schulze’s paper addresses a recurring concern among today’s legal experts: the need to regulate the new realities created by technological advances in the digital age. It also prompts the question of how to regulate these changes, which, at least in the continental context, raises the dilemma between using special laws or even a dedicated digital code, on one hand, and integrating these regulations into the broader legal framework represented by consumer codes or, more generally, civil codes, on the other.*

He explains the German legislator’s decision to incorporate the so-called “twin directives” on contracts for the sale of digital goods and services with consumers into the BGB, while also extending their provisions to the Law of Obligations and Contracts. The paper discusses the impact this decision has had on the systematic and conceptual expansion of the code, its most significant content, and the future outlook on the continued use of this legislative technique.

PALABRAS CLAVE: Digital age, consumer directives on the sale of digital goods and services, transposition into the BGB, extension of its scope, future prospects.

KEY WORDS: *era digital, directivas de consumo sobre compraventa de bienes y sobre servicios digitales, trasposición en el BGB, ampliación de su alcance, perspectivas de futuro.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTOS EUROPEOS. 2.1. *El Derecho contractual del Mercado Único Digital.* 2.2. *La europeización como facilitadora de la modernización del Derecho contractual alemán.* 3. SISTEMÁTICA. 4. TERMINOLOGÍA. 5. CONFORMIDAD. 5.1. *Visión general.* 5.2. *Obligaciones de actualización.* 5.3. *«Objetivación» de la conformidad.* 6. MEDIDAS CORRECTORAS. 6.1. *Visión general.* 6.2. *Concepto de la resolución del contrato.* 6.3. *Consecuencias de la resolución del contrato.* 6.4. *Reducción del precio.* 7. OTROS CAMBIOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL: VISIÓN DE CONJUNTO. 7.1. *Datos personales como*

contraprestación. 7.2. Modificaciones de los productos digitales. 7.3. Consecuencias contractuales de la retirada debido a las normas de protección de datos. 8. PERSPECTIVAS.

1. INTRODUCCIÓN

La digitalización no sólo ha cambiado fundamentalmente la economía y la comunicación, sino también, en muchos aspectos, el Derecho, inclusive el Derecho privado.¹ En muchos países están en proyecto, o ya se han promulgado, nuevas normativas para nuevos ámbitos del Derecho privado, como el comercio de datos, la contratación a través de las plataformas en línea o la venta de productos digitales.² Esto plantea la cuestión de dónde y cómo estas normativas deben encontrar su lugar en el ordenamiento jurídico. Habría que considerar si son apropiadas leyes específicas sobre «asuntos digitales» o si son preferibles regímenes integrados que regulen estos nuevos asuntos y las materias tradicionales en un contexto jurídico general. Esto afecta, por ejemplo, a materias como la responsabilidad por productos digitales y de otro tipo defectuosos (que ahora se resume a nivel europeo en la nueva versión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos³) o la responsabilidad objetiva de los vehículos conducidos por seres humanos, por un lado, y de los «vehículos autónomos» sin conductor, por otro.⁴

En particular, esto plantea la cuestión de qué papel debe desempeñar el Código Civil con respecto a los nuevos sujetos de la regulación en la transición a la era digital. Debe reconsiderarse, por ejemplo, hasta qué punto debe incluir nuevas disposiciones sobre la celebración de contratos utilizando inteligencia artificial o sobre las obligaciones en el suministro de contenidos y servicios digitales (al igual que los códigos civiles siempre han incluido las materias correspondientes del «mundo analógico» en el marco de su Derecho contractual o Derecho de obligaciones). ¿O debería el Código Civil cerrarse a

¹ Para información general sobre el impacto en el Derecho privado, *vid.*, por ejemplo, WENDEHORST, Christiane, «Die Digitalisierung und das BGB», *NJW* (2016), pp. 2609-2613; SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en André Janssen, Matthias Lehmann y Reiner Schulze (eds.), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2023, pp. 141-167.

² Para una visión general de la legislación de la Unión Europea, *vid.* SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2024, Introduction nm. 5-11.

³ Basada en la Propuesta de la Comisión Europea «de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», COM(2022) 495 final.

⁴ SCHULTE-NÖLKE, Hans y BEINKE, Lukas, «Haftungsrechtliche Stellschrauben bei der Einführung des automatisierten und autonomen Fahrens», *ZdiW* (2022), pp. 28-34.

tales cambios en la era digital y dejar estas nuevas materias enteramente a la legislación de leyes individuales - o a un nuevo «Código Digital»?⁵

Probablemente esta cuestión tendrá que replantearse en muchos países del mundo en el futuro próximo. También afecta a los «antiguos» códigos civiles que se crearon en el siglo XIX – como el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) y el Código Civil español –, así como a codificaciones relativamente recientes que varios Estados han adoptado en los últimos tiempos, poco antes de la transición a la era digital (por ejemplo, los Países Bajos y varios países de Europa Central y Oriental).⁶ La legislación alemana se enfrentó a la necesidad de encontrar una respuesta cuando dos directivas europeas coordinadas debían transponerse recientemente a la legislación alemana: las llamadas «Directivas gemelas» relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁷ y a los contratos de compraventa de bienes.⁸

Las disposiciones de estas «Directivas gemelas» se refieren a ámbitos fundamentales del Derecho contractual en materia de contratos con los consumidores, en particular los requisitos de conformidad con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad.⁹ Se incluyen los contratos B-B en lo que respecta a la repetición de los empresarios que hayan celebrado un contrato con consumidores contra personas en fases previas de la cadena de transacciones.¹⁰ La Directiva de contenidos digitales se aplica a todos los tipos de contratos, siempre que se refieran a contenidos o servicios digitales. También incluye disposiciones sobre la obligación de suministro, las consecuencias de la resolución del contrato y las modificaciones de los contenidos digitales debidos contractualmente. Abarca millones de contratos que se celebran cada día, desde la descarga de programas informáticos hasta el streaming de música y películas y el uso de juegos ofrecidos en la nube o en las redes sociales. La Directiva de

⁵ Crítico de esto, SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en Janssen, Lehmann y Schulze (eds.), *op. cit.*, pp. 160 y s.

⁶ Para una vista de conjunto, vid. por ejemplo SCHULZE, Reiner y ZOLL, Fryderyck (eds.), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013.

⁷ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [2019] OJ L 136/1 – *Directiva de contenidos digitales*.

⁸ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE [2019] OJ L 136/28 – *Directiva de compraventa de bienes*.

⁹ Para una visión general del contenido y desarrollo de las Directivas, vid. SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law, op. cit.*, Introduction nm. 6 y s.

¹⁰ Para más detalles sobre esta repetición, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law, op. cit.*, Art. 20 DCD nm. 1 y ss., Art. 18 SGD nm. 1 y ss.

compraventa de bienes, que sustituyó a la anterior Directiva de la venta de bienes de consumo¹¹, solo se refiere a la compraventa de bienes. Sin embargo, abarca todas las formas de compraventa de bienes, en línea y fuera de línea, los contratos de compraventa de bienes sin contenidos digitales y con elementos digitales (como los teléfonos inteligentes con aplicaciones de cámara preinstaladas, los relojes inteligentes o los juguetes controlados digitalmente). En el caso de los bienes con elementos digitales, contiene disposiciones especiales sobre conformidad con el contrato y derechos del comprador.

El legislador alemán decidió integrar las disposiciones nacionales para la transposición de estas dos directivas en el derecho de obligaciones del BGB.¹² Esto no sólo ha dado lugar a la reforma más importante del Derecho de obligaciones desde la profunda modernización de 2002. Más bien, la legislación alemana ha dado un primer paso significativo en el camino hacia un mayor desarrollo del BGB, de más de 100 años de antigüedad, con respecto a las nuevas cuestiones de la era digital. Analizar y debatir este primer paso puede ayudar a proporcionar sugerencias e indicadores críticos para futuros pasos en este camino y posiblemente también para las consideraciones correspondientes en otros países.

En lo que sigue, se esbozarán brevemente los orígenes europeos de esta evolución del Derecho civil alemán para, a continuación, exponer las modificaciones introducidas en el BGB en relación con el sistema, la terminología y algunas cuestiones esenciales del Derecho contractual.

2. FUNDAMENTOS EUROPEOS

2.1. *El Derecho contractual del Mercado Único Digital*

El impulso para las últimas modificaciones del Derecho de obligaciones en el BGB vino de la legislación de la UE a través de las «Directivas gemelas» de 2019. Estas directivas forman parte de una serie de actos jurídicos que la Unión Europea adoptó en rápida sucesión en pocos años sobre la base de la «Estrategia para el Mercado Único Digital» de la Comisión Europea de 2015¹³. Este nuevo enfoque de la Comisión Europea vino precedido de una primera oleada de actividad legislativa de la Unión Europea en

¹¹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [1999] OJ L 171/12.

¹² Boletín Oficial Federal de Alemania (*Bundesgesetzblatt*), BGBl. 2021 I pp. 2123 y ss. y pp. 2133 y ss.

¹³ Comisión Europea, «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» (Comunicación COM(2015) 192 final).

materia de Derecho contractual desde los años noventa y del retroceso en los esfuerzos por crear un Derecho contractual europeo más coherente debido al fracaso de la normativa común de compraventa europea en 2014.¹⁴ Debido a la Estrategia del Mercado Único Digital, se ha producido un nuevo comienzo de la legislación en este ámbito, ahora ante los retos que plantea la digitalización. La serie de actos jurídicos adoptados en los últimos años bajo estos presagios ha desarrollado el Derecho contractual europeo hasta límites nunca alcanzados por la legislación europea en un período de tiempo tan breve.

En concreto, el mismo año que las «Directivas gemelas», la Unión Europea publicó una directiva sobre la modernización del Derecho contractual de los consumidores¹⁵ y un reglamento sobre los contratos B - B a través de plataformas en línea.¹⁶ En los años siguientes siguieron – por citar solo algunos ejemplos más – el Reglamento de Mercados Digitales¹⁷ (que complementa el Derecho de la competencia convencional en relación con los mercados digitales), el Reglamento de Servicios Digitales¹⁸ (que, entre otras cosas, tiene por objeto garantizar un comportamiento justo por parte de los prestadores de servicios digitales) y el Reglamento de Datos¹⁹ (que se refiere al acceso a los datos y al intercambio justo de los datos). A continuación de la Comunicación de la Comisión Europea de 2021 sobre la promoción de un enfoque europeo de la Inteligencia Artificial²⁰, también se ha añadido el Reglamento de Inteligencia Artificial²¹

¹⁴ Para una vista de conjunto, SCHULZE, Reiner y ZOLL, Fryderyck, *European Contract Law*, 3ª ed., München, Nomos, 2021, capítulo 1 nm. 3 y ss.; JANSSEN, André, LEHMANN, Matthias y SCHULZE, Reiner, «The Future of European Contract Law – An Introduction», en Janssen, André, Matthias, Lehmann y Schulze, Reiner, op. cit., pp. 23-25.

¹⁵ Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión [2019] OJ L 328/7.

¹⁶ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

¹⁷ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

¹⁸ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

¹⁹ Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828.

²⁰ Comisión Europea, «A strategic vision to foster the development and use of lawful, safe and trustworthy Artificial Intelligence systems in the European Commission» (Comunicación) [2024] C(2024) 380 final.

²¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los

(así como la nueva versión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos²², que incluye la responsabilidad por los programas informáticos, y un borrador de Directiva de la Comisión Europea sobre la responsabilidad de los operadores de Inteligencia Artificial²³).

La Unión Europea ha adoptado algunos de estos actos jurídicos como reglamentos que son directamente aplicables en todos sus Estados miembros. Así se ha aumentado considerablemente el Derecho uniforme europeo en las «materias digitales». Esto se refiere, en particular, a los asuntos que son de especial relevancia para el derecho de la «economía digital» y tienden a clasificarse dentro del derecho mercantil. Para otra parte de las «materias digitales», sin embargo, ha favorecido el tipo de legislación de la directiva. Esto se aplica en particular al derecho de los consumidores (y también al derecho de la responsabilidad). A este respecto, los Estados miembros se enfrentaban a la tarea de transponer las disposiciones europeas a su Derecho nacional y podían elegir la forma de esta transposición. En concreto, podían considerar transponer las directivas individuales mediante una ley especial, combinar varias directivas (por ejemplo, las dos «directivas gemelas») en un nuevo acto legislativo o integrarlas en un código existente, como el código de consumo o el código civil.²⁴

2.2. *La europeización como facilitadora de la modernización del Derecho contractual alemán*

Con su decisión de integrar las «Directivas gemelas» en el BGB, el legislador alemán ha seguido un planteamiento que ya sirvió como base para la reforma del Derecho de obligaciones alemán en 2002.²⁵ Un elemento central de la reforma de 2002 fue la integración del Derecho contractual de consumo en el Derecho de obligaciones del BGB. Esta integración facilitó el uso de las disposiciones de las directivas europeas sobre contratos de consumo como modelo para principios, términos y normas que no debían ser decisivos únicamente para el Derecho de consumo en el nuevo Derecho de obligaciones alemán. Más bien, se les concedió una importancia general para el Derecho de obligaciones como puntos de partida para su modernización. Se trataba,

Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

²² *Vid.* arriba (nota al pie 3).

²³ Comisión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)», COM(2022) 496 final.

²⁴ Para una vista de conjunto sobre la transposición de las «Directivas gemelas» en todos los Estados miembros, *vid.* De FRANCESCHI, Alberto y SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, Baden-Baden, Nomos, 2023.

²⁵ HUBER, Peter y FAUST, Florian, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, C.H. Beck, 2002.

en particular, de conceptos basados en la Directiva de 1999 sobre la compraventa de bienes de consumo (como «conformidad con el contrato», «falta de conformidad con el contrato» y la prioridad de la corrección del cumplimiento mediante reparación o sustitución) y que esta Directiva había adoptado en parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.²⁶ Sobre esta base, la legislación alemana desarrolló disposiciones fundamentales del nuevo Derecho de obligaciones general (como los §§ 280 y 323 BGB como normas generales sobre la violación de un deber y la resolución del contrato) y del Derecho de compraventa general (§§ 434 y ss. BGB).

La transposición de las «Directivas gemelas» al Derecho alemán continúa ahora este método integrando también estas dos Directivas en el Derecho de obligaciones del BGB y contribuyendo así a la modernización del Código Civil, ahora en relación con las novedades derivadas de la digitalización. Al hacerlo, sigue también la pauta de la reforma de 2002 en la medida en que para una parte considerable de las disposiciones de transposición en el Derecho alemán se prevé un ámbito de aplicación más amplio que el prescrito por el legislador europeo. En particular, el legislador alemán ha decidido ampliar gran parte de las disposiciones de la Directiva de compraventa de bienes para los contratos con consumidores a todos los contratos de compraventa (es decir, también a los contratos entre empresarios y a los contratos entre particulares que no son ni empresarios ni consumidores). Esta «generalización» abarca, en particular, una serie de disposiciones de la Directiva de compraventa de bienes relativas a los criterios de la conformidad y a los derechos del comprador en caso de falta de conformidad.²⁷

En cambio, el legislador alemán no optó por una transposición extendida de la Directiva de contenidos digitales, contrariamente a las propuestas correspondientes,²⁸ sino que limitó esencialmente las disposiciones del BGB al ámbito de aplicación prescrito por la Directiva. Por lo tanto, el Derecho alemán sigue careciendo de una definición jurídica de los derechos y obligaciones de los contratos de suministro de productos digitales si el cliente no es un consumidor. Esto parece problemático porque, por ejemplo, la diferenciación entre consumidores y pequeñas empresas apenas puede justificarse de

²⁶ STAUDENMAYER, Dirk, «Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf», *NJW* (1999), 2393 y ss.; SCHULZE y ZOLL, *European Contract Law*, *op. cit.*, capítulo 1 nm. 19, capítulo 5 nm. 4.

²⁷ SCHULZE, Reiner, en Alberto de Franceschi y Reiner Schulze (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *op. cit.*, Country Report Germany.

²⁸ SCHULZE, Reiner, «Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht», *ZEuP* (2019), pp. 700 y ss., 721; cf. METZGER, Axel, «Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?», *JZ* (2019), pp. 584 y s.

forma convincente en lo que respecta a las obligaciones de actualización. Además, a menudo es difícil o incluso imposible para el prestador reconocer si el cliente es un consumidor o no, especialmente en el caso de los contratos en línea de productos digitales.²⁹ Mientras no exista una regulación legal, la jurisprudencia deberá aclarar si algunas de las nuevas disposiciones del BGB sobre contratos de consumo son aplicables en estos casos y en qué medida.

3. SISTEMÁTICA

La transposición de las «Directivas gemelas» también siguió el ejemplo de la modernización del Derecho de obligaciones en 2002, en el sentido de que la integración de las nuevas disposiciones en el Código Civil alemán no se limita a una mera «adición» externa³⁰ (por ejemplo, de la forma en que se anexaría al BGB un nuevo libro con las disposiciones que transponen las directivas europeas). Más bien, los nuevos contenidos que el BGB recibió debido a las directivas europeas se encajaron en la sistemática de este código; y en parte, esta sistemática se desarrolló aún más debido a los nuevos contenidos.

En particular, la transposición de las Directivas europeas se combinó con las tradiciones pandectísticas (características del BGB) y su método de proceder «de lo general a lo especial». En otras palabras, el sistema del BGB combina ahora el método de la pandectística del siglo XIX con los nuevos contornos del Derecho contractual del siglo XXI. Esto se aplica en concreto a la relación entre su Derecho de obligaciones general y la posteriormente regulada Parte Especial del Derecho de obligaciones, que en una serie de títulos específicos trata tipos individuales de contratos como los de compraventa, arrendamiento, servicios, etc.

Con las disposiciones que transponen las «Directivas gemelas», el legislador alemán ha continuado esta división entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho de obligaciones. Ha insertado la mayoría de las disposiciones de transposición de la Directiva de contenidos digitales en la Parte General del Derecho de obligaciones, ya que el ámbito de aplicación de la Directiva de contenidos digitales se extiende a varios tipos de contratos. Estas disposiciones figuran ahora en un nuevo Título 2a «Contratos de productos digitales», que se ha añadido a la tercera sección del Derecho de obligaciones general («Obligaciones derivadas de los contratos»). Este nuevo título, que

²⁹ SCHULZE, Reiner, ZEuP, 2019, *op. cit.*, pp. 702 y s.; SPINDLER, Gerald y SEIN, Karin, «Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen», *MMR* (2019), p. 416.

³⁰ *Vid.* SCHULZE, Reiner, «The German Civil Code on its Way into the Digital Age», *EuCML* (2022), p. 192.

consta de 21 artículos, regula cuestiones clave para el suministro de contenidos y servicios digitales, como los requisitos de la conformidad y las consecuencias de la falta de conformidad.

Por el contrario, las disposiciones de la Directiva de compraventa de bienes, que no se refieren a varios tipos de contratos, sino únicamente al tipo específico de contrato de compraventa, no podían asignarse al Derecho de obligaciones general según la sistemática del BGB. Más bien, se les ha dado su lugar dentro de la Parte Especial del Derecho de obligaciones en el Título sobre compraventas (§§ 433 y ss. BGB). Por lo tanto, en este título, numerosas disposiciones que se crearon o modificaron recientemente durante la modernización del Derecho de obligaciones en 2002 se han complementado o modificado de nuevo de conformidad con la Directiva de compraventa de bienes. Estas disposiciones se han incluido en el primer subtítulo del Derecho de compraventa titulado «Disposiciones generales» («*Allgemeine Vorschriften*») (§§ 433 y ss. BGB), en la medida en que el legislador alemán ha ampliado de forma independiente el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva de compraventa de bienes más allá del Derecho de consumo a básicamente todos los contratos de compraventa. Por ejemplo, ha incluido gran parte de los requisitos de conformidad con arreglo al art. 5 y ss. de la Directiva de compraventa de bienes en el § 434 BGB. En la medida en que las disposiciones de la Directiva también deben aplicarse únicamente a los contratos de consumo en el Derecho alemán, se han asignado al tercer subtítulo del Derecho de compraventa, titulado «Venta de bienes de consumo» (§§ 474 y ss. BGB), es decir, a la Parte Especial del Derecho de compraventa. Por ejemplo, el requisito de actualización de conformidad con el art. 7 (3) de la Directiva de compraventa de bienes también está previsto el Derecho alemán únicamente para la venta de bienes de consumo y, por tanto, se recoge en el § 475b de este subtítulo.

Además de esta distinción entre disposiciones generales del Derecho de compraventa y disposiciones especiales para la compraventa de bienes de consumo, se han añadido otras diferenciaciones con la transposición de la Directiva de compraventa de bienes, en particular la diferenciación entre disposiciones generales para la compraventa de bienes de consumo y disposiciones especiales para clases individuales de contratos de compraventa de bienes de consumo que afectan a productos digitales o bienes con contenido digital (§§ 475a y ss. BGB). A este respecto, el nuevo Derecho de compraventa del BGB continúa la tradición de proceder «de lo general a lo especial»;

sin embargo, la forma en que ahora se estructuran las disposiciones sobre esta base ha sido criticada con razón de es bastante complicada y poco clara.³¹

4. TERMINOLOGÍA

La integración de las nuevas disposiciones en el sistema del BGB está vinculada a un notable desarrollo de los conceptos jurídicos y la terminología del Derecho civil alemán. Se refiere principalmente a los nuevos objetos que se han incluido en las disposiciones del Derecho de obligaciones como consecuencia de la digitalización. En gran medida, la legislación alemana ha adoptado los nuevos términos directamente de las Directivas en el BGB. Esto incluye, por ejemplo, términos como «bienes con elementos digitales» (art. 2 no. 3 Directiva de contenidos digitales y art. 2 no. 5 lit. b Directiva de compraventa de bienes; §§ 327a (3) frase 2, 475b BGB), «contratos de paquete» (incluyendo en un paquete elementos del suministro de contenidos o servicios digitales y elementos del suministro de otros servicios o bienes; art. 3 (6) Directiva de contenidos digitales; § 327a (1) BGB) y «entorno digital» (art. 2 no. 9 Directiva de contenidos digitales; § 327e (4) BGB), así como una serie de nuevas características de funcionamiento en relación con la conformidad contractual de los bienes y servicios digitales, como «compatibilidad», «funcionalidad» y «interoperabilidad» (art. 2 nos. 10-12 Directiva de contenidos digitales y art. 2 nos. 9-11 Directiva de compraventa de bienes; §§ 327e, 434 BGB).

Además, el legislador alemán también ha desarrollado de forma independiente la terminología de las nuevas materias. Por ejemplo, ha resumido los dos términos «contenidos digitales» y «servicios digitales» utilizados por las Directivas con el término genérico «productos digitales» (§ 327 (1) BGB). A diferencia de las Directivas, también utiliza el término «cosas con elementos digitales» (§ 327a BGB) junto al de «bienes con elementos digitales» para tener en cuenta los bienes inmuebles que contienen elementos digitales o están conectadas a ellos (como las «hogares inteligentes» con equipos controlados digitalmente).

Tanto la terminología tomada directamente de las Directivas como estas definiciones adicionales no sólo representan una considerable ampliación del arsenal conceptual de las nuevas materias reguladas en el BGB. Al mismo tiempo, esta terminología y las definiciones también pueden utilizarse más allá del ámbito de aplicación de las nuevas disposiciones en la práctica de la contratación en otros ámbitos de la distribución de

³¹ Vid. GÜSTER, Florian y BOOKE, Christina, «Umsetzung der Warenkaufrichtlinie», *MMR* (2022), p. 92; LORENZ, Stefan, «Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht», *NJW* (2021), p. 2065.

productos digitales y del comercio de datos (incluso en el contexto de los contratos B - B) y pueden constituir una valiosa ayuda para la jurisprudencia que se desarrolle en dichos ámbitos. En este sentido, las nuevas disposiciones del BGB contienen puntos de partida que pueden contribuir al desarrollo ulterior de la terminología del Derecho privado en consonancia con los cambios de la era digital más allá de las materias pertinentes.

5. CONFORMIDAD

5.1. *Visión general*

Sólo cabe citar aquí algunas innovaciones destacadas como ejemplos de los cambios sustanciales asociados a esta ampliación de la terminología. Estas nuevas características del Derecho contractual pueden observarse sobre todo en la formulación de la conformidad con el contrato para los contratos de productos digitales en los §§ 327d y s. del BGB y para los contratos de compraventa en los §§ 434 y s., 475a y ss. del BGB.

Estas disposiciones adaptan parcialmente los requisitos de la Directiva a la terminología convencional del Derecho alemán sobre responsabilidad para vicios. El concepto de conformidad utilizado por las Directivas se adopta como punto de partida de estas disposiciones en el encabezamiento del artículo 327d del BGB; («Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte»; «conformidad contractual de los productos digitales»). En las disposiciones del Derecho de compraventa, sin embargo, la expresión convencional «libre de vicios materiales y vicios jurídicos» (§ 433 (1) frase 2 BGB) sustituye al término «conformidad contractual». En las disposiciones relativas a los contratos sobre productos digitales, el legislador alemán utiliza el término «vicio del producto», que ha creado de nuevo para esta materia, por analogía con los «vicios materiales» en el Derecho de compraventa (§ 327e (1) BGB), y equipara «de conformidad contractual» con «libre de vicios materiales y vicios jurídicos» (§ 327d BGB). Los criterios para determinar si un producto digital o una mercancía están libres de defectos en las disposiciones del Código Civil alemán se basan ahora en gran medida en las disposiciones de las «Directivas gemelas». Por tanto, incluyen las adaptaciones del concepto de conformidad contractual a los cambios derivados de la digitalización a través de estas directivas. Esto ya se aprecia a primera vista en la redacción de las disposiciones del BGB, por ejemplo, en el sentido de que ahora se mencionan expresamente características de funcionamiento relacionadas específicamente con los productos digitales y los bienes con elementos digitales, como, en particular, la funcionalidad, la compatibilidad y la interoperabilidad (§§ 327e (2) y 434 (2) BGB) o la

integración en el entorno digital (§ 327e (4)). Sin embargo, los cambios en el concepto de conformidad (o ausencia de vicios) en el nuevo Derecho alemán de obligaciones debidos a la implementación de las «Directivas gemelas» van mucho más allá de estos ajustes individuales, como se mostrará a continuación en relación con las obligaciones de actualización y los requisitos objetivos de conformidad.³²

5.2. Obligaciones de actualización

La introducción de obligaciones de actualización es una de las innovaciones más significativas del Derecho contractual alemán en general y del Derecho de compraventa en particular. Se establece para los contratos de productos digitales en el § 327f BGB y para la venta de bienes de consumo en el § 475b BGB. A diferencia de lo que se entendía tradicionalmente, según las nuevas disposiciones, la responsabilidad del vendedor por la conformidad con el contrato no termina generalmente con la «transmisión del riesgo y de las cargas», que normalmente está vinculada a la entrega del bien.³³ Por el contrario, el Derecho contractual del BGB reconoce ahora que pueden existir obligaciones continuadas más allá de este momento para la distribución de productos digitales y bienes con elementos digitales.³⁴

En relación con esta «dinamización» de las obligaciones contractuales está la diferenciación entre el «suministro permanente de un producto digital» y los «otros casos» (§ 327f (1) frase 2 nos. 1 y 2 BGB en correspondencia con el «suministro continuo durante un periodo de tiempo» y el «acto único de suministro o una serie de actos individuales de suministro» en la terminología del art. 8 (2) Directiva de contenidos digitales y art. 7 (3) Directiva de compraventa de bienes). También tiene

³² Sin embargo, este artículo no puede tratar la inclusión de los aspectos ecológicos en los criterios de conformidad contractual mediante el término «durabilidad» en la parte general de la normativa sobre compraventa del BGB (§ 434 (3) BGB) debido a la transposición ampliada del artículo 7 (1) lit. de la Directiva de compraventa de bienes. Vid. WELLER, Marc-Philippe, HÖBL, Theresa y SEEMANN, Camilla «Klimaneutralität im Privatrecht», *ZEUP* (2024), pp. 579 y ss.

³³ Lo siguiente se basa en SCHULZE, Reiner, «The German Civil Code on its Way into the Digital Age», *EuCML* (2022), p. 194.

³⁴ La naturaleza jurídica de esta obligación se discute en detalle. Según la exposición de motivos del proyecto del Gobierno (*Bundestagsdrucksache*, BT-Drs. 19/27653), se trata de una «obligación independiente del empresario» («unabhängige Verpflichtung des Unternehmers»); para los debates en la doctrina, vid. SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Digital obligations of sellers of smart devices under the Sale of Goods Directive 771/2019», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 47 y ss.; WENDEHORST, Christiane, «The update obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer», en Lohsse, Schulze y Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, op. cit., pp. 63 y ss.; JANSSEN, André, «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update» en Lohsse, Schulze y Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, op. cit., pp. 91 y ss.

relevancia para la carga de la prueba, la resolución de contratos rescindidos y las modificaciones de productos digitales (§§ 327k (2), 327o (3), 327q (2), 327r) y, por lo tanto, es ahora uno de los elementos estructurales del Derecho contractual.³⁵

5.3. «Objetivación» de la conformidad

Otro cambio de gran calado que conviene subrayar es la «objetivación» del concepto de conformidad con el contrato.³⁶ A nivel europeo, un primer paso en esta dirección fue que la Directiva de la venta de bienes de consumo contenía criterios objetivos en el marco de la presunción de conformidad y, a este respecto, preveía una evaluación de la conformidad con independencia de las estipulaciones de las partes en el respectivo contrato.³⁷ A continuación, las «Directivas gemelas» y, en consecuencia, el Derecho de obligaciones del BGB también contienen criterios objetivos, en particular, la «apto-para-los-fines-prueba» («fit-for-purpose-test») (es decir, el criterio de adecuación a los fines para los que se utilizan habitualmente los bienes del mismo tipo) y la atención a la calidad y la prestación que son habituales en los bienes del mismo tipo y que el cliente puede razonablemente esperar (§§ 327e (3) y 434 (3) BGB).³⁸

Sin embargo, en el caso de la Directiva de la venta de bienes de consumo, aún podría asumirse que los criterios subjetivos (es decir, los criterios basados en el acuerdo de las partes) prevalecen sobre dichos criterios objetivos. En cambio, las dos nuevas directivas y, sobre su base, los §§ 327e y 434 del BGB no sólo utilizan expresamente estos términos «subjetivo» y «objetivo» y los emplean para estructurar sus disposiciones sobre la conformidad con el contrato y la ausencia de vicios. También estas directivas estipulan el mismo estatus de los criterios objetivos y subjetivos al estipular que los requisitos objetivos de conformidad deben cumplirse «además» de los requisitos subjetivos (art. 8 (1) Directiva de contenidos digitales; art. 7 (1) Directiva de compraventa de bienes).³⁹ En consecuencia, los artículos 327e y 434 del BGB establecen los requisitos subjetivos y objetivos con la misma prioridad como requisitos

³⁵ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en Janssen, Lehmann y Schulze (eds.), *op. cit.*, p. 152.

³⁶ Para lo siguiente, *vid.* SCHULZE, Reiner, «Le droit européen des contrats face aux défis de l'ère numérique», en Christophe Albiges, *et alia* (eds.), *Mélanges en l'honneur de Yves Picod - La loyauté en droit économique*, Paris, Dalloz, 2023.

³⁷ *Vid.* arriba (nota al pie 11); Para más detalles, *vid.* SCHULZE y ZOLL, *European Contract Law*, *op. cit.*, capítulo 2 nm. 9 y s.

³⁸ SCHULZE y ZOLL, *European Contract Law*, *op. cit.*, capítulo 2 nm. 16-19.

³⁹ STAUDENMAYER, Dirk, en Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, *op. cit.*, Art. 7 DCD nm. 19, 22 y Art. 8 DCD nm. 13 y s.

acumulativos para la conformidad. Por lo tanto, los productos y bienes digitales deben cumplir por lo general tanto los criterios objetivos como los subjetivos.

El cambio de ponderación de los requisitos de conformidad tiene por objeto proteger al comprador frente a acuerdos con el vendedor que menoscaben la protección que ofrecen los criterios objetivos. Esta orientación hacia la equiparación de criterios objetivos y subjetivos tiene consecuencias incluso de mayor alcance en Alemania que en muchos otros países de la UE, porque el legislador alemán no lo limitó al Derecho de consumo en materia de compraventa, sino que lo trasladó al Derecho de compraventa general (§ 434 (1) BGB). En este sentido, la aplicación «ampliada» ha hecho que la legislación alemana no sólo sea más favorable al consumidor, sino en general más favorable al comprador. Sin embargo, el efecto práctico es menor que la relevancia teórica de esta generalización: sólo en el caso de los contratos con consumidores se aplican los mayores requisitos previstos por las Directivas para contrarrestar la celebración de un «acuerdo de calidad negativo» por las partes (art. 7 (5) Directiva de compraventa de bienes; § 476 (1) frase 2 BGB).⁴⁰

En esta objetivación concurren dos tendencias que pueden observarse en la evolución más reciente del Derecho contractual a escala europea y nacional: por una parte, el esfuerzo por compensar las presuntas asimetrías estructurales en la relación entre las partes contratantes mediante disposiciones protectoras; por otra, una estandarización progresiva del contenido contractual. Esta tendencia a la estandarización ya se puso de manifiesto en el siglo XX debido al creciente empleo de contratos estandarizados para las «transacciones masivas». Parece progresar aún más como consecuencia de la digitalización a través de nuevos medios de contratación como las plataformas de internet y la celebración de contratos «máquina a máquina», y se expresa también en un desarrollo correspondiente de las «expectativas de los consumidores» y el recurso normativo a estas expectativas.⁴¹

Estas tendencias se reflejan ahora también en las disposiciones del BGB a través de la objetivación del concepto de conformidad o ausencia de vicios. Esto no significa un rechazo total de la libertad contractual como principio fundamental del Derecho

⁴⁰ Vid. SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, p. 194.

⁴¹ Para más detalles sobre la tendencia a estandarizar el contenido de los contratos, SCHULZE, Reiner y ARROYO VENDRELL, Tatiana, «Contratos estandarizados – entre la autonomía de la voluntad y el control jurídico- Introducción», en Johann Kindl, Maria Perales Viscasillas y Tatiana Arroyo Vendrell (eds.), *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 27-38.; SCHULZE, Reiner, «Le droit européen des contrats face aux défis de l'ère numérique», en Christophe Albiges *et alia* (eds.), *Mélanges en l'honneur de Yves Picod - La loyauté en droit économique*, *op. cit.*, pp. 656 y ss.

contractual. Sin embargo, limita la libertad de las partes para determinar el contenido del contrato a través de sus declaraciones, equiparando criterios objetivos y estandarizados (como las «razonables expectativas del consumidor») a las declaraciones individuales de las partes al celebrar el respectivo contrato y dificultando las desviaciones de los mismos. En este sentido, la revalorización de los requisitos objetivos en las nuevas disposiciones del BGB relativiza un elemento central tradicional de la libertad contractual.⁴²

6. MEDIDAS CORRECTORAS

6.1. *Visión general*

Además del concepto de conformidad con el contrato, las disposiciones sobre las medidas correctoras en caso de incumplimiento y falta de conformidad revisten especial importancia para la práctica contractual. Las disposiciones correspondientes de las Directivas se han incorporado al BGB para los contratos de productos digitales en los §§ 327c, 327i y ss. y para los contratos de compraventa en los §§ 437 y ss., 475 y ss.⁴³ Estas disposiciones también integran la transposición de la Directivas en el marco más amplio del Derecho de obligaciones mediante una serie de referencias a otras disposiciones. En particular, completan los requisitos de las directivas en lo que respecta a las materias que no han sido reguladas por ellas, pero que requieren una regulación en el sistema del Derecho civil alemán. Esto se aplica en particular a la indemnización por daños y perjuicios, que no está prevista en las dos directivas. El legislador alemán ha incluido esta materia – además de los derechos a la corrección del cumplimiento, a la resolución del contrato y a la reducción del precio previstos en las directivas – en los catálogos de medidas correctoras legales (§§ 327i y 437 BGB) y las ha especificado con más detalle remitiéndose a las disposiciones del derecho de obligaciones general.

6.2. *Concepto de la resolución del contrato*

Especialmente innovador para el Derecho alemán es el concepto de resolución del contrato, que el legislador alemán ha adoptado de los artículos 13, 14 (1), (4) y 15 de la Directiva de contenidos digitales y ha introducido en los §§ 327c y 327m del BGB para los contratos de productos digitales con el término «Vertragsbeendigung»

⁴² Para más detalles sobre los efectos en el concepto de contrato, SCHULZE y ZOLL, *European Contract Law*, *op. cit.*, capítulo 2 nm. 10 y ss.

⁴³ Sobre esto en detalle, SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op.cit.*, p. 195.

(«terminación de contrato»), que no se utilizaba anteriormente en el BGB y que ahora se ha adoptado en las directivas. La «terminación del contrato» sirve ahora como concepto genérico para situaciones de hecho que antes se designaban y regulaban por separado: por un lado, la resolución conforme al § 323 BGB («Rücktritt»); por otro, la denuncia de contratos con obligaciones continuadas («Kündigung»). La primera solía ser el modelo básico de resolución de los contratos de mutuo; la segunda era la forma específica de poner fin a una relación contractual con obligaciones continuadas (como los contratos de arrendamiento financiero, de empresa y de seguros y otros tipos similares de «contratos a largo plazo»). En cambio, el legislador alemán ha introducido ahora condiciones uniformes para la resolución de contratos en estas dos situaciones, basándose en el modelo de la Directiva de contenidos digitales. Aunque este concepto uniforme de la «terminación del contrato» solo es aplicable a los contratos de productos digitales, la introducción sectorial podría plantear la cuestión de si en el futuro dicho enfoque debería adquirir un significado más general en el Derecho alemán (especialmente porque la actual estructura dualista está siendo objeto de críticas⁴⁴).

6.3. Consecuencias de la resolución del contrato

Además, las disposiciones sobre las consecuencias jurídicas de la resolución del contrato contenidas en los §§ 327o (2) a (5) y 327p del BGB establecen un nuevo régimen de restitución y devolución tras la resolución de los contratos.⁴⁵ Aunque en principio es compatible con la doctrina tradicional alemana de la relación restitutiva legal («gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis»)⁴⁶, se distingue en parte del régimen tradicional alemán de las consecuencias de una resolución del contrato en §§ 346 y ss. BGB y, sobre la base de los artículos 16-18 de la Directiva de contenidos digitales, conduce a una adaptación innovadora de este ámbito del Derecho alemán de obligaciones a las exigencias de la era digital y, en particular, del comercio con datos. Entre otras cosas, estipula que el consumidor está obligado a devolver los soportes materiales para contenidos digitales que haya recibido del comerciante (§ 327o (5) BGB). Además, se regulan nuevos elementos e instrumentos jurídicos como la prohibición de uso y el bloqueo del uso de datos y la recuperación de datos (§ 327p BGB). Estas disposiciones son directamente aplicables sólo a los contratos de consumo de productos digitales. Pero contienen términos y principios que también pueden aplicarse a la rescisión de muchos otros tipos de contratos que implican el suministro

⁴⁴ DORALT, Walter, *Langzeitverträge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

⁴⁵ Vid. SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, pp. 195 y s.

⁴⁶ WENDLAND, Matthias, en Gerhard Dannemann y Reiner Schulze (eds.), *German Civil Code I*, München, C.H. Beck, 2020, § 346 nm. 9.

de datos. Parece probable que la práctica contractual haga uso de este acervo conceptual más allá del Derecho de consumo. En este sentido, las disposiciones de transposición de la Directiva pueden constituir el núcleo de las futuras normas generales del Derecho de obligaciones en materia de resolución de contratos relativos a datos.

6.4. Reducción del precio

Por último, cabe señalar que la aplicación del artículo 14, (4) y (5), de la Directiva de contenidos digitales sobre la reducción del precio también ha supuesto otra notable innovación estructural para el Derecho alemán de obligaciones.⁴⁷ Sobre esta base, los §§ 327i no. 2 y § 327n BGB prevén ahora el derecho del consumidor a reducir el precio en los contratos sobre productos digitales, independientemente del tipo de contrato. La reducción del precio ha encontrado así su lugar en el Derecho de obligaciones general. Anteriormente, sólo se había regulado específicamente para una serie de tipos de contrato individuales en el Derecho de obligaciones especial (por ejemplo, para la venta; el arrendamiento y los servicios; § 437 no. 2 en relación con el § 441; § 536; § 638 BGB). Aunque esta innovación sólo se aplica en el ámbito de aplicación de las normas relativas a los contratos de productos digitales, podría influir en el debate sobre si la reducción del precio en el Derecho alemán merece ser reconocida en principio como un derecho del acreedor no vinculado específicamente a determinados tipos de contratos y, por lo tanto, debe asignarse al Derecho contractual general (como ocurre también en los proyectos de Derecho contractual europeo).⁴⁸

7. OTROS CAMBIOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL: VISIÓN DE CONJUNTO

7.1. Datos personales como contraprestación

Por último, sólo cabe mencionar brevemente algunos ejemplos de otras innovaciones introducidas en el BGB en el marco de la transposición de las «Directivas gemelas». Entre ellos, cabe destacar una disposición que se encuentra en un lugar menos destacado, es decir, en el marco de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación. El § 327 (3) BGB estipula que las nuevas disposiciones para los contratos de productos

⁴⁷ SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, p. 196.

⁴⁸ Art. 9:401 PECL; a continuación, Art. III.-3:601 DCFR. Art. 120 y 155 CESL prevén, en consecuencia, la reducción del precio tanto para los contratos de compraventa como para los contratos sobre contenidos digitales, así como para los contratos de servicios relacionados. *Vid.* SCHULZE y ZOLL, *European Contract Law*, *op. cit.*, capítulo 6 nm. 100 y ss. y por ejemplo en el nuevo derecho francés de obligaciones, artículo 1223 del Código civil francés.

digitales también se aplican si el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales (de conformidad con el Art. 3 (1) subapartado 2 Directiva de contenidos digitales). Esta disposición refleja el hecho de que, en la era digital, los datos desempeñan un papel importante en las relaciones contractuales, no sólo como prestación adeudada, sino también como contraprestación del cliente. Tanto los datos personales como los no personales se han convertido en un objeto de comercio de gran relevancia económica y, por tanto, también en una contraprestación codiciada en los contratos celebrados con consumidores.⁴⁹ En la práctica contractual, esto puede afectar a los contratos de suministro de productos digitales (por ejemplo, si el consumidor tiene que facilitar información sobre su dirección, profesión y aficiones para recibir un programa de traducción), pero también puede darse una situación similar en los contratos de otros productos (por ejemplo, la venta de bienes si el consumidor tiene que facilitar datos personales para su aprovechamiento comercial, además de un pago monetario). El § 327 (2) BGB se limita a los contratos de productos digitales de conformidad con la Directiva (mientras que, por ejemplo, el legislador francés ha decidido ampliar su aplicación a otros contratos de consumo⁵⁰).

Sin embargo, la valoración como contraprestación ha sido criticada desde la perspectiva de la protección de datos en relación con el hecho de que los datos personales deben asignarse a la esfera de los derechos personales y su protección y no deben considerarse objeto de comercio.⁵¹ Por ello, el legislador alemán ha evitado calificar explícitamente de contraprestación el suministro de datos personales por parte de los consumidores y ha dejado abierta la cuestión de si este suministro tiene una relación recíproca con el suministro del producto digital por parte del empresario.⁵² En consecuencia, las disposiciones relativas a los productos digitales se asignan a un Título 2a separado del Derecho de obligaciones general y no al Título 2 existente sobre «Contratos recíprocos» como nuevo subtítulo.

⁴⁹ LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «An Introduction», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 9-21; LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 13 y ss.

⁵⁰ BORGHETTI, Jean-Sébastien, en De Franceschi y Reiner Schulze (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *op. cit.*, Country Report France nm. 14.

⁵¹ Sobre el espectro de opiniones, LOHSSE, SCHULZE Y STAUDENMAYER, *Data as Counter-Performance - Contract Law 2.0*, *op. cit.*

⁵² Borrador del Gobierno BT-Drs. 19/27653, p. 38.

7.2. *Modificaciones de los productos digitales*

Al adaptar el Derecho contractual a los requisitos del comercio con productos digitales, también desempeña un papel importante el equilibrio de intereses entre el distribuidor y el cliente si el distribuidor no desea llevar a cabo actualizaciones individuales («updates»), sino seguir desarrollando el producto digital con una nueva versión («upgrade»).⁵³ Estos «upgrades» pueden suponer un cambio en las reglas del contrato con el consumidor. No obstante, pueden ser apropiadas, por ejemplo, en relación con requisitos de seguridad, nuevas tecnologías o cambios en el mercado. Sin embargo, si un consumidor desea seguir utilizando la versión anterior (por ejemplo, debido a que el funcionamiento y el manejo le resultan familiares), esto puede entrar en conflicto con el interés del empresario por ofrecer una única versión (o unas pocas versiones) para evitar el esfuerzo continuo de actualización de las versiones más antiguas. En este conflicto de intereses, el consumidor no estaría adecuadamente protegido si se permitieran sin restricciones los acuerdos contractuales sobre el derecho unilateral del empresario a introducir cambios. Por ello, el nuevo § 327r del BGB especifica las condiciones y límites de tal derecho de modificación por parte del comerciante y las condiciones en las que el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato en tales casos. Sin embargo, en consonancia con el art. 19 de la Directiva de contenidos digitales, esta disposición no pretende crear un nuevo derecho legal del remitente a introducir modificaciones en los productos digitales, sino simplemente regular unos contenidos y consecuencias de los derechos de modificación de base contractual si tales derechos están previstos en los correspondientes contratos de consumo de productos digitales. Tampoco afecta al control de la eficacia de las cláusulas contractuales de conformidad con el § 308 no. 4 BGB (sobre la base del art. 3 (3) y el anexo 1 j de la Directiva sobre las cláusulas abusivas).⁵⁴

7.3. *Consecuencias contractuales de la retirada permitida por las normas de protección de datos*

Por último, las disposiciones del nuevo título para los contratos de productos digitales en el BGB van más allá del ámbito de aplicación de la Directiva de contenidos digitales, en particular en la medida en que el legislador alemán ha creado de forma autónoma

⁵³ A lo que sigue, vid. SCHULZE, Reiner, en Reiner Schulze (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2024, § 327r nm. 1.

⁵⁴ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [1993] OJ N° L 95/29. Vid. WENDLAND, Matthias, en Schulze y Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law*, op. cit., Art. 19 DCD nm. 7.

una normativa relativa a un problema frecuentemente debatido⁵⁵ pero no resuelto a escala europea, esto es, cuáles son las consecuencias en virtud del Derecho contractual si el consumidor facilita datos personales sobre la base de un contrato e inicialmente da su consentimiento, de conformidad con la legislación sobre protección de datos, al tratamiento de estos datos, pero luego retira este consentimiento de conformidad con el art. 7 (3) del Reglamento general de protección de datos.⁵⁶ El § 327q BGB regula ahora las consecuencias de esta retirada basada en la protección de datos.⁵⁷

El principal objetivo de esta disposición es aclarar que no deben producirse sanciones en virtud del derecho contractual si el consumidor ejerce sus derechos en virtud de la ley de protección de datos.⁵⁸ Por lo tanto, según § 327q (1) BGB, la validez de su contrato con el empresario no se ve afectada cuando ejerce sus derechos en virtud de la ley de protección de datos; y según el párrafo 3 de esta disposición, quedan excluidas las reclamaciones de indemnización por parte del empresario debido a restricciones en el tratamiento de sus datos. Con ello se pretende garantizar que el consumidor pueda ejercer sus derechos de protección de datos sin obstáculos y sin tener que temer desventajas legales.⁵⁹ Sin embargo, según el § 327 (2) del BGB, el empresario debe tener derecho a resolver el contrato sin plazo de preaviso si le obliga a suministrar una serie de productos digitales individuales o a suministrar un producto digital de forma continua.

No obstante, este derecho de resolución está limitado por otras condiciones: La continuación del contrato hasta el final acordado o hasta la expiración de un plazo de preaviso debe ser irrazonable para el empresario. Para evaluarlo, deben sopesarse los intereses de ambas partes; y también debe tenerse en cuenta en qué medida el tratamiento de datos sigue siendo admisible en el caso concreto a pesar de la retirada del consumidor. Como demuestran claramente estas últimas disposiciones, con el § 337q del BGB el legislador alemán pretende en general lograr un equilibrio adecuado de intereses entre el consumidor y el empresario en lo que respecta a las consecuencias del Derecho contractual asociadas al ejercicio de los derechos basados en la protección de datos.

⁵⁵ STEINRÖTTER, Björn, en *Staudinger BGB*, Berlin, Otto Schmidt - De Gruyter, 2023, § 327q nm. 1 y ss.

⁵⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) [2016] OJ L 119/1.

⁵⁷ Para lo siguiente, SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, p. 196.

⁵⁸ SCHULZE, Reiner, en Reiner Schulze (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, *op. cit.*, § 327q nm. 1 y ss.

⁵⁹ *Vid.* la exposición de motivos en el proyecto gubernamental BT-Drs. 19/27653, 75.

8. PERSPECTIVAS

En conjunto, la implementación de las «Directivas gemelas» ha supuesto la reforma más profunda del Derecho alemán de obligaciones desde la renovación fundamental de 2002. Una vez más, esta reforma combinó la implementación de las directivas europeas con una modernización del Derecho civil nacional, que se basaba en modelos europeos, pero que en algunos puntos iba mucho más allá del ámbito de aplicación de las directivas. Sin embargo, a diferencia de las reformas anteriores, ahora la atención se centraba en adaptar el Derecho de obligaciones a los retos de la era digital. Se puede criticar que el legislador alemán se haya quedado corto en algunos aspectos dado el alcance de estos retos (por ejemplo, cabe plantearse si la reforma debería haberse ampliado a la actualización de las obligaciones en los contratos B to B). Con independencia de ello, no obstante, al integrar las nuevas disposiciones en el derecho de obligaciones del BGB, el legislador ha tomado el camino de no blindar este Código frente a los nuevos desarrollos de la era digital (y regularlos exclusivamente a través de leyes especiales). Por el contrario, ha comenzado a desarrollar la estructura y el contenido de este Código Civil en consonancia con los cambios de la era digital.

Es probable que esta evolución solo continúe a largo plazo y en varias etapas. Por lo que se refiere a las próximas etapas, es previsible que, en otros ámbitos fundamentales del Derecho civil, sea conveniente completar o modificar las disposiciones vigentes del Código Civil en relación con las novedades derivadas de la digitalización: Por ejemplo, para la celebración de contratos, que tiene lugar cada vez más en la vida cotidiana «de máquina a máquina»; para la ejecución de «contratos inteligentes» con ayuda de la inteligencia artificial; para el enriquecimiento injusto como consecuencia del uso no autorizado de datos; para la responsabilidad por daños causados por productores u operadores de «sistemas autónomos» de riesgo; etc. En todas estas situaciones, el equilibrio de intereses entre las partes previsto en las disposiciones vigentes del Código Civil debe actualizarse a la luz de los nuevos avances tecnológicos. En esta adaptación del Derecho, habrá que responder en cada caso a la pregunta de si las nuevas disposiciones deben aislarse en leyes especiales o incorporarse al Código Civil integrado en el contexto de la respectiva materia - y habrá buenas razones a favor de esto último en relación con las ventajas de la codificación,⁶⁰ como la asignación sistemática, la claridad jurídica y la seguridad jurídica, y en particular la coherencia, la transparencia y la accesibilidad de las disposiciones.

⁶⁰ Sobre las cuestiones fundamentales de las ventajas y los problemas de la codificación en el siglo XXI, ROCA TRÍAS, Encarnación, *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, Pamplona, Civitas, 2015.

En cualquier caso, un código civil es como un «petrolero pesado» que sólo puede maniobrar lentamente; y el cambio tecnológico en curso conducirá gradualmente a nuevas experiencias y conocimientos. En Alemania, las consideraciones relativas a ese desarrollo ulterior del BGB deberán tener en cuenta los retos específicos del cambio tecnológico para el Derecho del consumo, ya que el BGB incluye una gran parte del Derecho del consumo. En otros países, las tareas de adaptación a la era digital tendrán que referirse por separado al Código Civil y al Código de Consumo. A pesar de todas estas dificultades, sin embargo, debería haber mucho que sugiriera que el Código Civil debería seguir cubriendo las normas básicas y las áreas del Derecho privado que son relevantes para todos los ciudadanos, también en la era digital e incluyendo los asuntos que son de importancia central para los ciudadanos en esta era.

Para el Derecho civil en Alemania -y posiblemente también en otros Estados miembros de la UE- queda por ver si esta modernización irá acompañada de una europeización en el futuro (como ocurrió con las reformas del Derecho alemán de obligaciones en 2002 y 2022). Probablemente haya buenas razones (sobre todo teniendo en cuenta la competencia mundial) para que las respuestas legislativas a los retos transfronterizos de la digitalización sigan dándose no sólo a nivel nacional, sino también en gran medida a nivel europeo, y que continúe, por tanto, la amplia actividad reguladora de la UE en relación con el mercado único digital mencionada al principio.⁶¹

La UE ha favorecido la vía de la creación de Derecho europeo uniforme mediante la adopción de una serie de reglamentos en lo que respecta al Derecho de la economía digital (entre ellas, el Reglamento de Mercados Digitales, el Reglamento de Servicios Digitales, el Reglamento de Datos y el Reglamento de Inteligencia Artificial⁶²). A largo plazo, esto podría plantear la cuestión de cómo garantizar la coherencia del creciente número de actos jurídicos de este tipo y dar un nuevo impulso a la consideración de un Código Económico Europeo⁶³ centrado particularmente en la economía digital. Sin embargo, para las cuestiones más relacionadas con el Derecho de los consumidores y el Derecho civil general, el legislador europeo parece optar principalmente por la vía de la armonización de las legislaciones nacionales a través de directivas en lugar de reglamentos (como demuestran, por ejemplo, las «Directivas gemelas», la Directiva de

⁶¹ Vid. arriba capítulo II.; SCHULZE, Reiner, en Janssen, Lehmann y Schulze (eds.), *The Future of European Private Law*, op. cit., pp. 143 y s.

⁶² Vid. arriba (notas al pie 15 y ss.).

⁶³ Sobre este proyecto, vid. DUPICHOT, Philippe, «Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch», *ZeUP* (2017), pp. 245 y ss.; CABRILLAC, Rémy, «Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne», *Recueil Dalloz* (2019), p. 1191 y ss.; críticamente D'AVOUT, Louis, «Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches», *ZeUP* (2019), pp. 653 y ss.

modernización del Derecho contractual de los consumidores⁶⁴ y la nueva versión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos⁶⁵).

Si la legislación europea sigue por este camino, por ejemplo, en lo que respecta a las tareas mencionadas en el próximo desarrollo del Derecho contractual, la modernización de estas materias podría combinarse con una europeización parcial en el Derecho de los Estados miembros, incluida la posibilidad de una convergencia sustantiva progresiva, especialmente en ámbitos centrales del Derecho civil con importancia para el mercado interior en vista de la digitalización. En las próximas décadas, la modernización del Derecho privado, incluidos los Códigos Civiles, en relación con los cambios provocados por la digitalización seguirá siendo, por tanto, una tarea crucial y valiosa para juristas y legisladores.

BIBLIOGRAFÍA:

CABRILLAC, Rémy, «Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne», *Recueil Dalloz* (2019), pp. 1191 y ss.

DANNEMANN, Gerhard y SCHULZE, Reiner (eds.), *German Civil Code I*, München, C.H. Beck, 2020.

D'AVOUT, Louis, «Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuches», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht – ZeuP* (2019), pp. 653-662.

DE FRANCESCHI, Alberto y SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, Baden-Baden, Nomos, 2023.

DORALT, Walter, *Langzeitverträge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

DUPICHOT, Philippe, «Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht – ZeuP* (2017), pp. 245-249.

GÜSTER, Florian y BOOKE, Christina, «Umsetzung der Warenkaufrichtlinie», *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung – MMR*, 2022, pp. 92-97.

HUBER, Peter y FAUST, Florian, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, C.H. Beck, 2002.

JANSSEN, André, «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update», en Sebastian Lohsse, Reiner

⁶⁴ Vid. arriba (nota al pie 15).

⁶⁵ Vid. arriba (nota al pie 3).

Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 91-107.

LORENZ, Stefan, «Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht», *Neue Juristische Wochenschrift – NJW* (2021), pp. 2065-2073.

LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «An Introduction», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 9-21.

LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 13-24.

METZGER, Axel, «Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?», *Juristenzeitung – JZ* (2019), pp. 577-586.

ROCA TRÍAS, Encarnación *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, Pamplona, Civitas, 2015.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Digital obligations of sellers of smart devices under the Sale of Goods Directive 771/2019», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 47-61.

SCHULTE-NÖLKE, Hans y BEINKE, Lukas, «Haftungsrechtliche Stellschrauben bei der Einführung des automatisierten und autonomen Fahrens», *Zeitschrift für das Recht der digitalen Wirtschaft – ZdiW* (2022), pp. 28-34.

SCHULZE, Reiner:

— «Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht – ZeuP* (2019), pp. 695-723.

— «Recent Influences of the European Acquis – Communautaire on German Contract Law», *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht – NTBR* (2022), pp. 132 y ss.

— «The German Civil Code on its Way into the Digital Age», *Journal of European Consumer and Market Law – EuCML* (2022), pp. 192-197.

— «European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects», en André Janssen, Matthias Lehmann y Reiner Schulze (eds.), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2023, pp. 141-167.

— «Le droit européen des contrats face aux défis de l'ère numérique», en Christophe Albiges, *et alia* (eds.), *Mélanges en l'honneur de Yves Picod - La loyauté en droit économique*, Paris, Dalloz, 2023, pp. 645-663.

SCHULZE, Reiner y ARROYO VENDRELL, Tatiana, «Contratos estandarizados – entre la autonomía de la voluntad y el control jurídico- Introducción», en Johann Kindl, MAria Perales Viscasilla y Tatiana Arroyo Vendrell (eds.), *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 27-38.

SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2024.

SCHULZE, Reiner y ZOLL, Fryderyck:

— *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2013.

— *European Contract Law*, 3ª ed., München, Nomos, 2021.

SPINDLER, Gerald y SEIN, Karin, «Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen», *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung – MMR* (2019), pp. 415-420.

WELLER, Marc-Philippe, HÖBL, Theresa y SEEMANN, Camilla «Klimaneutralität im Privatrecht», *ZEUP* (2024), pp. 575-609.

WENDEHORST, Christiane:

— «Die Digitalisierung und das BGB», *Neue Juristische Wochenschrift – NJW* (2016), pp. 2609-2613.

— «The update obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer», en Sebastian Lohsse, Reiner Schulze y Dirk Staudenmayer (eds.), *Smart Products*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 63-90.