

MERCADO ÚNICO DIGITAL: ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Cristina Fuenteseca Degeneffe

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

TITLE: *Digital single market: some aspects about the regulation of the supply of digital contents.*

RESUMEN: Se clasifican los contratos de suministro de contenidos digitales distinguiendo la venta o permuta de productos digitales frente al contrato de servicios en línea, diferencia que no está tan clara en la Propuesta de Directiva de 2015. Es necesario explicar la definición de contenido digital. Se estudia si la falta de conformidad puede darse respecto de los servicios y si los servicios han de prestarse a cambio de una contraprestación.

ABSTRACT: *This study deals with the category of contracts for the supply of digital content and the distinction between sales, exchange and services. The Proposal of Directive 2015 doesn't contain a clear difference between them. The definition of digital content needs an explanation. This study analyzes if non-conformity with the contract could appear in case of services and if services should be provided in exchange of a compensation.*

PALABRAS CLAVE: Suministro de contenidos digitales, precio u otra contraprestación, conformidad con el contrato, integración del contenido digital, derechos de terceros

KEY WORDS: *Supply of digital content, price or the providing of a counter performance other than money, conformity with the contract, integration of the digital content, third party rights.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTRATO DE VENTA O PERMUTA DE PRODUCTOS DIGITALES Y CONTRATO DE SERVICIOS EN LÍNEA. 3. SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES A CAMBIO DE PRECIO U OTRA CONTRAPRESTACIÓN NO DINERARIA. 4. CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS DIGITALES CON EL CONTRATO. ART. 6 DE LA PROPUESTA DE CONTRATOS DE SUMINISTRO. 4.1. PRODUCTO COMO BIEN MUEBLE. LAS COSAS MUEBLES CORPORALES. 4.2. CRITERIOS DE CONFORMIDAD PACTADOS EN EL CONTRATO. 4.3. USO ORDINARIO. 5. EL DESCONOCIMIENTO DE LAS FALTAS DE CONFORMIDAD. 6. INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS DIGITALES. 7. LA AUSENCIA DE DERECHOS DE TERCEROS. 8. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales¹ refleja las líneas básicas que orientan al legislador europeo, continuando las bases sentadas por la Declaración Schuman², en el sentido de fomentar el desarrollo y la fortaleza de la

¹ Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final, 2015/0287 (COD).

² En la *Declaración del 9 de mayo de 1950 de Robert Schuman* se indica: La creación de esa potente unidad de producción, abierta a todos los países que deseen participar en ella, proporcionará a todos los

economía de la Unión mediante la implementación del Mercado Único Digital. Considerando el contenido de la citada Propuesta de Directiva, se trata de intentar realizar una aproximación a nociones como el suministro de contenidos digitales que constituyen una de las manifestaciones de la revolución digital.

2. CONTRATO DE VENTA O PERMUTA DE PRODUCTOS DIGITALES Y CONTRATO DE SERVICIOS EN LÍNEA

El art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales señala: «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 facilitará activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos». Una de las cuestiones problemáticas que plantea este art. 3 de la Propuesta de Directiva consiste en determinar la naturaleza jurídica de esta figura que se expone en él: suministro de contenidos digitales a cambio de precio u otra contraprestación no dineraria. A ello se añade la dificultad de configurar lo que se engloba bajo la noción de suministro, e incluso la propia noción de contenido digital.

En consecuencia, uno de los aspectos que debe tomarse como punto de partida es el propio concepto de suministro³ de contenidos digitales⁴, esto es, su verdadera naturaleza jurídica con el fin de encajar esta figura dentro de alguno de los contratos regulados en nuestro ordenamiento jurídico⁵ o bien reconocer que se trata de un contrato atípico⁶.

países a los que agrupe los elementos fundamentales de la producción industrial en las mismas condiciones y sentará los cimientos reales de su unificación económica». E incluso se apunta hacia «las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz».

³ Ciertamente, que en nuestro Código civil no encontramos mención expresa del contrato de suministro.

⁴ Ciertamente que respecto de la «competencia en los mercados de contenidos digitales» es precisa la «disponibilidad de los derechos pertinentes» (*Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, pp. 7-8) en el sentido de que «La transmisión en línea de contenidos digitales protegidos por derechos de autor requiere la adquisición de derechos para comercializar legalmente los contenidos, lo que habitualmente incluye el derecho para transmitir por internet, banda ancha o tecnologías por cable y para permitir a los usuarios transmitir o descargar los contenidos a través de un dispositivo receptor» (*Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, p. 7).

⁵ Véase cómo la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo en su art. 2.2 señala: «No se considerarán contratos de crédito a los efectos de esta Ley los que consistan en el suministro de bienes de un mismo tipo o en la prestación continuada de servicios, siempre que en el marco de aquellos asista al consumidor el derecho a pagar por tales bienes o servicios a plazos durante el período de su duración». Aquí parece distinguirse con claridad lo que parece ser una venta frente a una prestación de servicios. También se destaca la existencia de un precio.

⁶ La Propuesta de contratos de suministro no se ocupa de calificar estos casos con la deseable precisión como su Considerando 13. Este extremo no parece aclararlo suficientemente la Ley 34/2002, de 11 de

Ya la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro⁷ señala: «Los contratos de suministro de contenidos digitales se clasifican de forma diferente en función de los Estados miembros. Dependiendo del Estado miembro, estos contratos se consideran como contratos de compraventa, contratos de servicios o contratos de arrendamiento. Además, los contratos de suministro de contenidos digitales a veces se clasifican de forma diferente dentro del mismo Estado miembro, dependiendo del tipo de contenido digital ofrecido. En consecuencia, los derechos y obligaciones nacionales y los recursos de los consumidores en materia de contenidos digitales varían en función de los Estados miembros. Mientras que algunas de estas normativas nacionales no son imperativas y pueden ser modificadas contractualmente por las partes, otras tienen carácter obligatorio»⁸. El argumento esgrimido consiste en que «las empresas se enfrentan a diferentes normativas imperativas en materia de protección de los consumidores»⁹. Pero si este es el motivo que mueve al legislador europeo, resulta llamativo cómo unas líneas más adelante señala literalmente en la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro¹⁰ que no se inclina por ofrecer una solución única. Luego, por un lado, se destaca el extremo de la fragmentación normativa en este punto, y, por otro, no parece detectarse en la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro una clara intención de ofrecer un criterio unitario.

En mi opinión, es preciso distinguir la venta de productos digitales del servicio en línea digital¹¹. En el primer caso se trata de contratos de compraventa cuando la contraprestación satisfecha por ellos consiste en dinero (precio). A estos supuestos, al insertarse dentro de la figura de la compraventa, les serán de aplicación los preceptos relativos a los vicios ocultos o conformidad de los bienes con el contrato. Si la

julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que, tras señalar como objeto de su regulación en su art. 1 «las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia...», no describe característica alguna del contrato que vincula al consumidor con los «prestadores de servicios» cuando en su art. 3 establece el ámbito de aplicación de esta norma a «Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores».

⁷ En su p. 5.

⁸ Es preciso destacar que en los contratos mencionados en este pasaje habría un precio conforme a nuestro derecho interno como rezan los artículos 1543, 1544 y 1445 C.c.

⁹ Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro, p. 5.

¹⁰ En su p. 7.

¹¹ BERMÚDEZ BALLESTEROS. *Exclusión del derecho de desistimiento en un contrato de suministro de televisión digital*, Revista CESCO de Derecho de consumo, publicación 6 marzo de 2015, www.uclm.es/centro/cesco, p. 4, refiriéndose al considerando 19 de la Directiva 2011/83: «Este considerando, conforme al cual debe interpretarse la vigente normativa española, impide la calificación del contrato sobre contenidos digitales *on line* como contrato de venta o como de servicios».

contraprestación recibida a cambio de los productos digitales es no dineraria, por ejemplo, la proporción de ciertos datos, nos encontraríamos ante una permuta.

Frente a ello, el contrato de servicios en línea¹² no cabría ubicarlo sistemáticamente dentro de la compraventa¹³, sino como contrato de servicios o arrendamiento de servicios (art. 1544 C.c.). Y ello cuando por el servicio se pague un precio, pues así lo requiere el mencionado precepto¹⁴.

Por su parte, nuestro TRLGDCU, en su art. 66 quáter distingue claramente dos posibilidades: «contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él». Luego se trata de dos nociones diferentes, por un lado, el envío de contenido digital y, por otro, la prestación de un servicio. En el mismo sentido parece pronunciarse la Comisión Europea cuando distingue como bienes de consumo los «productos más vendidos en línea»¹⁵ (enumerando los «productos electrónicos de consumo», «programas para ordenador», «productos multimedia (libros, discos, CD, DVD y Blu-ray)») frente al «suministro en línea de productos audiovisuales y musicales»¹⁶.

Continuando con el tratamiento de la noción de suministro en el contenido del TRLGDCU, uno de sus primeros preceptos no resulta de utilidad para aclarar suficientemente la cuestión. En este sentido, su art. 7 señala: «A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado,

¹² CÁMARA LAPUENTE. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, www.uclm.es/centro/cesco, publicación 3 octubre de 2014, p. 6: «... en lo que respecta a los *medios de suministro* de los contenidos digitales... su distribución mediante un soporte material (CD, DVD o Blu-Ray para obras audiovisuales, cartuchos, memorias u otros soportes para videojuegos, por ejemplo) o sin un soporte material en sentido estricto (mediante descarga o en *streaming* en tiempo real). En particular, el método de suministro, o visto desde la perspectiva del consumidor, la “forma de acceso” al contenido digital determinará si sus facultades de goce son las propias de una *adquisición de la propiedad* (casi ilimitada sobre el soporte, limitada sobre el contenido por efecto de la propiedad intelectual concurrente), *de un uso* (permanente o temporal) o *de un servicio*»

¹³ BERMÚDEZ BALLESTEROS, *Exclusión del derecho de desistimiento en un contrato de suministro de televisión digital*, *op. cit.*, p. 8: «... apuntando la posibilidad de que el legislador sólo hubiese tenido presentes contratos de tracto único, como el suministro de películas o libros on line, en los que ejecutado el suministro carezca de sentido el desistimiento, pero olvidase la existencia otros suministros de contenidos digitales de tracto continuo o sucesivo en los que el consumidor podría conservar el derecho a desistir abonando sólo la parte del suministro prestado (por ejemplo, los servicios de televisión por cable) ».

¹⁴ Reitera la existencia de una contraprestación la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio preceptúa en su art. 2.1: «Esta Ley se aplica a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica...».

¹⁵ *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, p. 4.

¹⁶ *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, p. 7.

cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución»¹⁷. Cabe destacar que se está operando con la noción de «productos» y no parece aludirse a los servicios.

El TRLGDCU se ocupa en su art. 59 bis de enumerar definiciones no sólo del contrato de venta¹⁸, sino también del contrato de servicios¹⁹. Respecto de este último se requiere un precio. Luego coinciden en este punto el contenido de nuestro Código civil (art. 1544) y esta definición del contrato de servicios insertada en el art. 59 bis, párrafo 1º, TRLGDCU. Y por este motivo chocaría la Propuesta de contratos de suministro con estas disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico si pretendiera considerar que un servicio prestado gratuitamente puede insertarse dentro del concepto de servicio. Aunque el art. 3.1 de la Propuesta de contratos de suministro parece aclarar suficientemente la cuestión al exigir precio u otra contraprestación no dineraria a cambio de «contenidos digitales».

En el art. 59 bis TRLGDCU no encontramos, por tanto, una específica definición del significado del contrato de suministro. Esto podría explicarse acudiendo a la Propuesta de contratos de suministro, debido a que el suministro cabría encajarlo o bien como venta o bien como contrato de servicios. Salvo que el servicio fuera a cambio de una contraprestación no dineraria en cuyo caso habría que pensar si continúa siendo un contrato de servicios o un contrato atípico. Parece que no desnaturaliza el contrato de servicios que la contraprestación no consista en dinero.

A pesar del silencio del art. 59 bis TRLGDCU acerca de una definición del contrato de suministro, la Propuesta de contratos de suministro señala que son los Estados miembros quienes se han ocupado de este extremo²⁰. Tampoco define este art. 59 bis TRLGDCU la permuta, rigiendo en este punto la normativa del Código civil como derecho supletorio (art. 59.2 TRLGDCU).

Para encontrar otra alusión al suministro en el TRLGDCU hay que acudir a su art. 62, párrafos 3º y 4º donde se reitera la idea de «prestación de servicios o suministro de

¹⁷ Tampoco aclara la cuestión el art. 2 de la Propuesta de contratos de suministro con su definición: «proveedor»: cualquier persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

¹⁸ Art. 59 bis.1 a) TRLGDCU, ya citado anteriormente.

¹⁹ «contrato de servicios»: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio» (art. 59 bis 1º TRLGDCU).

²⁰ Véase la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro, p. 5: «Dependiendo del Estado miembro, estos contratos se consideran como contratos de compraventa, contratos de servicios o contratos de arrendamiento».

productos de tracto sucesivo o continuado», luego se distinguen las vicisitudes que afectan al producto, por un lado, y al servicio, por otro.

Frente a este contenido, el art. 66 quáter TRLGDCU²¹ sí refleja una alusión al suministro, aclarando la noción al enumerar como dos supuestos diferentes, el contenido digital, por un lado, frente a la prestación de servicios.

El TRLGDCU tampoco aclara demasiado en otros preceptos: el art. 93 j) señala que el Título III del TRLGDCU («Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil», artículos 92 hasta 113) no es aplicable «A los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un empresario mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor y usuario». Aquí parece referirse el legislador al caso de la celebración de contratos de compraventa, pues tales bebidas o productos se entregarán a cambio de precio. E idéntica conclusión cabe extraer de algunos párrafos del art. 103 TRLGDCU que establece las excepciones al derecho de desistimiento con supuestos que reflejan el cambio de cosa por precio²². Pero también se prevé el cambio de un servicio por precio²³ siguiendo el concepto de servicio ya plasmado en el Código civil o el arrendamiento de obra²⁴. Luego en estos preceptos (artículos 93 j) y 103) parece que el TRLGDCU opera con una noción de suministro que se manifiesta en la práctica a través de un contrato de compraventa o mediante la prestación de un servicio²⁵ o un arrendamiento de obra²⁶.

²¹ Art. 66 quáter: «Prohibición de envíos y suministros no solicitados. 1. Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, ... de contenido digital o de prestación de servicios no solicitada por él...».

²² Artículos 103 d); 103 e); 103 f); 103 g); 103 i); 103 j) TRLGDCU.

²³ Por ejemplo, art. 103 b) TRLGDCU: «El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento». Y art. 103 l) TRLGDCU: «El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos».

²⁴ Por ejemplo, el art. 103 c) TRLGDCU: «El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados».

²⁵ DÍAZ ALABART, ÁLVAREZ MORENO. En *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil, Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU*, Madrid, 2014, p. 425: «Es posible que el legislador sólo tenga presentes contratos de servicios de tracto único, como el suministro de películas o libros *on line*, en los que una vez ejecutado el servicio, y entregado el contenido digital, no tiene sentido que el consumidor pueda utilizar el desistimiento para exigir la restitución de las prestaciones, pero existen otro tipo de servicios de contenidos digitales que implican un tracto continuo o sucesivo, en los que el consumidor podría abonar sólo la parte del servicio prestado. Piénsese en este caso, por ejemplo, en servicios de televisión por cable, en lo que cabría el desistimiento, y el consumidor sólo debería abonar los días en que los tuvo disponible el servicio (en proporción a la cuota mensual)».

Por lo que concierne a la Convención de Viena, que conocidamente no se aplica a las compraventas «de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico» (art. 2 de la Convención de Viena), se define aproximando el suministro a la compraventa en su art. 3²⁷. Debido a que centra su regulación en el contrato de compraventa de mercaderías, contiene preceptos dedicados al «Pago del precio»²⁸.

Respecto a la definición de los contenidos digitales²⁹, ya hace años parecían contraponerse dos nociones: «En el mercado transformado de hoy día es indispensable asegurarse de que los consumidores confían en las compras en línea tanto de los bienes y servicios tangibles y tradicionales como de los digitales»³⁰.

En particular se concibe el contenido digital en el sentido de «ofrecer contenidos atractivos que se ajusten a la demanda de los consumidores y reflejen la diversidad

PEÑA LÓPEZ. En *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Pamplona, 2015, p. 1562: «... el contrato de suministro continuado de televisión por cable, desde el punto de vista del legislador UE, no entraría dentro del supuesto de hecho de la excepción que estamos comentando – no es una venta on-line de contenido digital- sino de la regla del 103 a), esto es, los contratos de servicios en general. De este modo, cabría sostener que a estos contratos les resultarían aplicables tanto esa norma –el 103 a)- como la regla sobre el pago proporcional del servicio recibido antes del desistimiento». Acerca de esta cuestión véase cómo el *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, pp. 4 y 7, ya expuesto anteriormente, distingue como bien de consumo los libros o discos frente al suministro en línea de productos audiovisuales y musicales.

²⁶ Por su parte, el art. 104 b) 3º TRLGDCU utiliza una expresión más amplia cuando regula el «caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado» sin aludir en qué consistirá la contraprestación y sin calificarlo literalmente como suministro. Obsérvese que literalmente alude a los bienes y no a los servicios. Luego tal vez está pensando en el contrato de compraventa. El art. 107 TRLGDCU señala que «el empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario», luego tal vez no está pensando el legislador en el cambio de cosa por cosa, sino en el de cosa por precio, salvo que el pago se entienda en sentido amplio de cumplimiento.

²⁷ «Artículo 3.- 1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. 2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

²⁸ Artículos 34 y siguientes de la Convención de Viena.

²⁹ No conviene olvidar las importantes repercusiones que los contenidos digitales pueden tener sobre la infancia y adolescencia, véase acerca de esta cuestión la *Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de la infancia en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación*, Bruselas, 27.2.2008, COM (2008) 106 final donde se alude a la manipulación o *grooming*, al ciberacoso así como al material sobre abusos de niños.

³⁰ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento*, Bruselas, 22.5.2012, COM (2012) 225 final, p. 13.

cultural en la UE»³¹ vinculándose con el «acceso a los derechos de licencia sobre los contenidos»³².

El art. 59 bis, párrafo 1º, TRLGDCU describe en su letra i) la noción de «contenido digital»³³: «los datos producidos y suministrados en formato digital»³⁴. Frente a este tenor literal el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro refleja un contenido más extenso³⁵. El TRLGDCU sólo menciona los datos³⁶, mientras que la Propuesta de contratos de suministro, además de los datos³⁷, cita unas prestaciones de servicios.

No obstante, acudiendo a la definición de contenido digital formulado por la Directiva 2011/83/UE³⁸, en su art. 2 párrafo 11³⁹ viene a coincidir con el tenor literal vigente de nuestro TRLGDCU en su art. 59 bis, párrafo 1º, letra i). Pero estos dos textos parecen ofrecer un concepto de contenido digital más reducido o limitado que el acogido en la Propuesta de contratos de suministro cuyo art. 2.1 toma como punto de partida la

³¹ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, p. 8.

³² Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, Bruselas, 10.5. 2017, COM (2017) 229 final, p. 16: «La disponibilidad de derechos en línea queda determinada en gran medida por la decisión de un titular sobre si ceder o no los derechos mediante licencia y, si procede, sobre su alcance, tal como se define en los acuerdos de licencia».

³³ CÁMARA LAPUENTE. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, op. cit.*, p. 88: «La definición legal de “contenidos digitales” (art. 59 bis 1 i) TR-LGDCU) abarca cualesquiera datos producidos y suministrados en formato digital, con una amplitud sin restricciones; sólo las excepciones contempladas en artículos concretos sobre contratación a distancia o sobre desistimiento mermarán el régimen de protección de algunos tipos de contratos sobre contenidos digitales».

³⁴ LÓPEZ MAZA. En *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Pamplona, 2015, p. 804, al ocuparse del soporte duradero: «El listado de soportes duraderos abarca tanto los soportes tangibles como los intangibles».

³⁵ Artículo 2: «Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se aplicarán las siguientes definiciones: 1. “contenido digital”: 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 sean facilitados por el consumidor, y c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio».

³⁶ LÓPEZ MAZA. En *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, *op. cit.*, al ocuparse del contenido digital, p. 810: «Se trata de un concepto, donde cabría incluir, a título de ejemplo: los tonos para teléfonos móviles, los programas de ordenador, las bases de datos electrónicos o las páginas webs. Dentro del concepto se incluye tanto el contenido suministrado en soporte tangible como en soporte intangible... (p. 811). No obstante, el soporte material no es lo mismo que el soporte duradero del artículo 59 bis, 1º, f) TRLGDCU. El concepto de este último es más amplio que el de aquí y ambos responden a finalidades distintas».

³⁷ Por su parte la Propuesta de contratos de suministro formula varios ejemplos de tales datos suministrados en formato digital. Además, alude al *software*.

³⁸ La Directiva 2011/83/UE distingue el contenido digital suministrado o no en soporte material (Considerando 19).

³⁹ «contenido digital”: los datos producidos y suministrados en formato digital».

noción reflejada literalmente tanto en la Directiva 2011/83/UE como en el art. 59 bis, párrafo 1º, letra i) TRLGDCU, pero añade dos supuestos más que no se contienen en aquellos textos y respecto de los cuales habrá de determinarse si constituirían o no una novedad de la Propuesta de contratos de suministro. Desde luego, la intención del legislador en la Propuesta de contratos de suministro consiste en ampliar el concepto de contenido digital como se desprende de su Considerando 11.

La Propuesta de contratos de suministro⁴⁰ centra la cuestión, desde el punto de vista del consumidor, en la «falta de derechos contractuales claros sobre contenidos digitales defectuosos» y enumera variedad de objetos incluidos bajo la noción de contenido digital: «música, películas, aplicaciones, juegos, servicios de almacenamiento en la nube o difusión de acontecimientos deportivos»⁴¹. Se incluye aquí no sólo el supuesto de los bienes de consumo consistente en productos digitales («música, películas, aplicaciones, juegos»), sino también el caso de la prestación de servicios como el «almacenamiento en la nube».

Al tratar acerca del concepto de los contenidos digitales el Considerando 11 señala: «Si bien existen numerosas formas de suministrar contenidos digitales, como la transmisión en un soporte duradero, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, la presente Directiva debe aplicarse a todos los contenidos digitales con independencia del soporte utilizado para su transmisión»⁴².

Luego la Propuesta de contratos de suministro parece englobar en este Considerando 11 no sólo los contenidos digitales en el sentido de bienes de consumo («transmisión en un soporte duradero»), sino también la prestación de servicios cuando alude al «almacenamiento de contenidos digitales».

⁴⁰ Exposición de Motivos, p. 3.

⁴¹ Propuesta de contratos de suministro, Exposición de Motivos, p. 3.

⁴² Véase, por ejemplo, cómo el art. 103 m) TRLGDCU opera con la noción de «soporte material», del mismo modo que el art. 108.4 b) TRLGDCU en lugar de «soporte duradero». En este art. 103 m) TRLGDCU se utiliza la expresión «soporte material», a diferencia del art. 59 bis párrafo 1º letra f) TRLGDCU que define el «soporte duradero» igual que la Propuesta de contratos de suministro que en su art. 2 opera asimismo con la expresión «soporte duradero» al enumerar las diversas definiciones. Por este motivo, resulta criticable que el TRLGDCU se dedique a añadir en su art. 103 m) una expresión distinta que podría inducir a confusión en detrimento de la defensa del consumidor. En particular porque esta expresión del «soporte material» se refleja asimismo en el art. 104.4 b) TRLGDCU: «El consumidor y usuario no asumirá ningún coste por: ... b) El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando...». CÁMARA LAPUENTE. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, op. cit.*, p. 88: «El concepto legal de “soporte duradero” (art. 59 bis 1. f TR-LGDCU) no sirve para definir el “soporte material” en que se suministran algunos contenidos digitales, pues falta identidad de razón. Éste carece de definición legal».

Según se indica en la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro⁴³ «la definición de contenido digital es deliberadamente amplia y engloba todos los tipos de contenido digital, incluidas, por ejemplo, películas descargadas o transferidas en internet, almacenamiento en la nube, redes sociales o archivos de modelado visual para impresión 3D, con el fin de que sean “a prueba de futuro” y para evitar las distorsiones de la competencia y crear condiciones equitativas en su lugar»⁴⁴. El Considerando 11 de la Propuesta de contratos de suministro señala que el concepto de contenido digital «debe ser más amplio que en la Directiva 2011/83/UE... En particular debe cubrir servicios que permitan la creación, el tratamiento o el almacenamiento de datos». La cuestión radica en determinar si realmente en nuestro derecho interno es necesaria esta extensión a los servicios. Ya anteriormente señalé cómo nuestro TRLGDCU menciona reiteradamente al tratar del suministro las dos posibilidades, esto es, o la entrega de contenido digital o la prestación de un servicio (por ejemplo, art. 62, párrafos 3º y 4º o art. 66 quáter TRLGDCU). Luego la prestación de servicios ya está prevista en el tenor literal del TRLGDCU. Aunque, ciertamente, la prestación de servicios prevista por el TRLGDCU debería ser la señalada en el Código civil, esto es, la que recibe un precio como contraprestación («precio cierto», art. 1544 C.c.). Nuestro Código civil no prevé expresamente que el arrendamiento de servicios sea gratuito o que se realice a cambio de una contraprestación no dineraria «en forma de datos personales u otro tipo de datos» como señala el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro, aunque la doctrina admite para el arrendamiento de servicios que cabe cualquier contraprestación. Luego no constituiría novedad de la Propuesta de contratos de suministro el reconocimiento de una contraprestación no dineraria a cambio de un servicio, pero sí el servicio gratuito. Nuestro Código civil, conocidamente, requiere un precio, luego si no lo hay existiría un contrato atípico y no un contrato de servicios tal y como está configurado en el articulado del Código civil.

Además la Propuesta de contratos de suministro en su art. 3 opera en un párrafo con la noción de «producto digital» distinguiendo este caso del «contenido digital»: «La presente Directiva se aplicará a cualquier contrato de suministro de productos digitales desarrollados de conformidad con las especificaciones del consumidor»⁴⁵. Cabría pensar en un contrato de obra (arts. 1544 y 1588 C.c.).

⁴³ En su página 13.

⁴⁴ Además, se añade en la p. 13 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro: «El artículo 2 contiene una lista de definiciones de los términos que se utilizan en la Directiva. Algunas definiciones provienen del acervo actual, como la definición de consumidor, o de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. Otras definiciones reflejan la especificidad de los contenidos digitales y la rápida evolución tecnológica y comercial».

⁴⁵ Véase el *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 229 final, que distingue entre

Para completar el concepto de contenido digital, el Considerando 11 de la Propuesta de contratos de suministro añade: «... la presente Directiva no se aplica 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»⁴⁶.

bienes de consumo (p.4), y, por otro lado, contenidos digitales (p. 7) «suministro en línea de productos audiovisuales y musicales».

⁴⁶ Véase el *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 10: «Esto significa que si el vehículo conectado, Smartphone o smartTV se suministra juntamente con contenido digital separado, el suministro del contenido digital separado se regulará por la Propuesta de contratos de suministro... puede no estar claro en qué casos el contenido digital está “subordinado” a la principal funcionalidad de los bienes, y cómo se traza la línea entre la venta de bienes con contenido digital incorporado y un contrato mixto incluyendo tanto la venta de bienes como el suministro de contenido digital. Por ejemplo, si un consumidor compra una unidad de navegación por satélite (“satnav”) que contiene mapas de carreteras del norte de Europa preinstaladas, mientras que otros mapas adicionales pueden comprarse separadamente, no está claro si los mapas preinstalados constituyen parte integrante del satnav o si constituyen una parte de un contrato mixto». Respecto al contenido digital incorporado o *software* (Obsérvese que el *software* se menciona en el art. 2 de la Propuesta de contratos de suministro como parte de la definición de contenido digital: «datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de *software*») incorporado, el *European Law Institute* (ELI) (*European Law Institute, Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, pp.2-3) entiende que «El suministro de bienes con contenido digital incorporado, como ... smartphones, sólo cae bajo la regulación de la Propuesta de Directiva relativa a contratos en línea y otras ventas a distancia de bienes y no bajo la normativa de la Propuesta relativa a los contratos de suministro. Esto significa que los standards mínimos requeridos para el contenido digital (por ejemplo, funcionalidad e interoperabilidad, y además los requisitos adicionales propuestos como... suministro continuado y actualizado...) ... no se aplican al *software* incorporado... Lo mismo ocurrirá con cualquier contenido digital que sea necesario para el funcionamiento de los bienes y almacenado en lugares externos (por ejemplo, en la nube), y cuando sea suministrado en un contrato separado... el consumidor podrá tener graves dificultades para averiguar qué es lo que causó el defecto: si el contenido digital originariamente insertado o algún componente adicional o un componente almacenado en una localización externa». Asimismo se apuntan las posibles dificultades derivadas de la existencia de contratos mixtos y vinculados, *European Law Institute, Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 3: «Un contrato para el suministro de contenido digital puede ser parte de un contrato mixto, que incluye diversos aspectos de contenido digital o contenido digital y otros elementos no regulados por la Propuesta de contratos de suministro o un contrato para el suministro de contenido digital puede estar vinculado o ser accesorio de otro contrato, ya sea un contrato de venta u otro contrato de suministro de contenido digital (por ejemplo, el consumidor compra una consola de juegos y un juego de ordenador). Si algún elemento resulta defectuoso el consumidor podría desear concluir no sólo la parte del contrato en virtud de la cual adquirió el bien o contenido digital no conforme, sino también la otra parte del contrato». Se añade, además, en el *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 11: «Mientras que el contenido digital incorporado a bienes en el momento en que los bienes son entregados se regula por la Propuesta concerniente a contratos para la venta on line y otros contratos a distancia de bienes, los siguientes supuestos sólo caen bajo la regulación de la Propuesta de contratos de suministro: cualquier actualización futura del contenido digital, cualquier contenido digital accesorio entregado junto con los bienes pero que precise de instalación, por ejemplo, como una app en el

3. SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES A CAMBIO DE PRECIO U OTRA CONTRAPRESTACIÓN NO DINERARIA

En el presente apartado se puede comprobar que la expresión suministro empleada en la Propuesta de contratos de suministro englobaría las figuras de compraventa, permuta y contrato de servicios, aunque el legislador europeo se resiste a utilizar claramente esta terminología.

Uno de los aspectos más relevantes es que ha de existir precio u otra contraprestación no dineraria a cambio, respectivamente, de productos digitales o de servicios en línea. En este sentido, el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro señala su ámbito de aplicación «a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo». Sirve de complemento a lo anterior su art. 2 que engloba bajo «contenido digital» tanto los vídeos, audios, aplicaciones, juegos digitales (art. 2.1 a) Propuesta de contratos de suministro) como los servicios (art. 2.1 b) y c) de la Propuesta de contratos de suministro)⁴⁷.

Si ambos conforman la noción de contenido digital⁴⁸, para ambos regirá el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro cuando permite que se pague un precio u «otra contraprestación no dineraria».

Luego tanto si se trata de una venta de bienes de consumo o productos digitales, como si se trata de un servicio en línea o digital⁴⁹, la contraprestación puede ser dinero

Smartphone del consumidor y cualquier contenido digital que sea necesario para el funcionamiento de los bienes pero almacenado en localizaciones externas, por ejemplo, la Nube».

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo*, op. cit., p. 12, al pronunciarse acerca de «la nueva protección integrada en el ordenamiento español por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, al transponer la Directiva 2011/83»: «Entre las primeras (novedades expresas y exclusivas) están la nueva definición de “contenidos digitales” (“los datos producidos y suministrados en formato digital”), que quedan así distinguidos de la definición general de “bienes”».

⁴⁸ Propuesta de contratos de suministro, Exposición de Motivos, p. 13: «Cubre asimismo los contenidos digitales suministrados no solo a cambio de un pago en efectivo, sino también como intercambio por datos (de carácter personal y de otro tipo) facilitados por los consumidores, excepto en el caso de que los datos se hayan recabado con el único fin de cumplir requisitos legales». Luego parece que al menos en el caso del pago en efectivo sí cabe pensar en la existencia de una compraventa. (No se quiere inmiscuir el legislador europeo en la «calificación, celebración o validez de los contratos» como indica en la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro, p. 13. Reitera esta misma idea su Considerando 10. Pero ya dice bastante el legislador europeo en la Propuesta de contratos de suministro cuando al comienzo de su art. 3 exige precio u otra contraprestación en el suministro). También cabe otra posibilidad, consistente en intercambiar contenido digital por datos, esto es, una permuta.

⁴⁹ LÓPEZ MAZA. En *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 812: «No entrarían en la definición los servicios prestados a través de medios digitales (ej.: el *cloud computing* o almacenamiento en la nube), pues realmente no dan acceso a un contenido digital, sino que son meros servicios».

(precio). Pero, asimismo, la combinación de los artículos 2.1 y 3, párrafo 1º, de la Propuesta de contratos de suministro permitiría la posibilidad de que los bienes de consumo o productos digitales se suministren a cambio de una contraprestación no dineraria y, por tanto, también que el servicio *on line* o digital se ofrezca a cambio, no de precio, sino de una contraprestación no dineraria⁵⁰. Luego en el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro no parece contemplarse la posibilidad de que no exista precio u otra contraprestación no dineraria. Esto es, que el contrato revista carácter gratuito.

Respecto a la gratuidad, por un lado, de los productos, y, por otro, de los servicios, dentro del ámbito de los objetivos perseguidos por la Unión Europea, entre los que se encuentra el fortalecimiento de la unión económica, debería manifestarse como posibilidad menos frecuente que el suministro de contenido digital en forma de productos digitales pudiera ser gratuito⁵¹, en cuyo caso no nos encontraríamos ante una compraventa sino ante una donación⁵² y ello porque no encajaría completamente en el Mercado Único Digital como objetivo perseguido actualmente en la UE en su afán impulsor de la economía de los países miembros. En consecuencia, lo normal será que el contenido digital en forma de productos digitales se suministre a cambio de precio u otra contraprestación como la consistente en datos.

Frente a ello, en el caso de servicios en línea, parece que, en la práctica, según la Comisión, estos sí se prestan gratuitamente⁵³, por ejemplo, el almacenamiento en la nube o el correo electrónico. Y como la Directiva 2011/83/UE no se aplica a estos

⁵⁰ LUCAS FERNÁNDEZ. En *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, Tomo XIX, Madrid, 1991, p. 100, sobre el arrendamiento de servicios: «Es un contrato por virtud del cual una persona se obliga respecto de otra a realizar con independencia una actividad o trabajo mediante remuneración».

⁵¹ CÁMARA LAPUENTE. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo*, *op. cit.*, pp. 25-26: «A nuestro juicio estos contratos sobre contenidos digitales sí merecerán la nueva protección establecida en el TR-LGDCU... Los contratos gratuitos sobre contenidos digitales, por tanto, merecerán la misma protección jurídica que los onerosos en el contexto de las nuevas reglas del TR-LGDCU ...», y en nota al pie añade, p. 26: «Por poner un ejemplo elocuente, también serán de aplicación a los contratos gratuitos sobre juegos o aplicaciones móviles los requisitos de información sobre funcionalidad o la obligación de consentimiento expreso para pagos adicionales (v.gr. en las llamadas compras desde o dentro de aplicaciones, las *in-apps purchases*) ».

⁵² LÓPEZ MAZA. En *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, *op. cit.*, p. 811: «... cuando exista soporte material estaremos ante un contrato de venta y cuando no lo haya estaremos ante un *tertium genus*, un contrato entre el de venta y el de servicios...».

⁵³ *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, Bruselas, 23.5.2017, COM (2017) 259 final, pp. 10 y 11.

supuestos, la Comisión propone extender su ámbito de aplicación también a ellos⁵⁴. Acerca de este extremo no conviene olvidar que nuestro Código civil para que exista un arrendamiento de servicios requiere «precio cierto» (art. 1544) y no parece contemplar la posibilidad de un servicio cuando este sea gratuito⁵⁵.

En consecuencia, parece criticable el mencionado Informe de la Comisión de 23.5.2017 cuando considera contrato de servicios tanto aquel en que existe una contraprestación como, igualmente, el que sea gratuito («servicios digitales gratuitos»).

Por otra parte, es preciso destacar el art. 59 bis, párrafo 1º, TRLGDCU⁵⁶: Aquí se incluye como venta el caso en que además de ésta concorra un contrato de servicios, sin matizarse en este precepto si tales servicios se realizan a cambio de un precio o no,

⁵⁴ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Bruselas, 23.5.2017, COM (2017) 259 final, pp. 6-7: «... algunos factores que limitaron la eficacia de la Directiva. Entre ellos figuran... la distinción entre contrato de contenido digital y contrato de servicios en línea, el momento a partir del que comienza el período de reflexión de 14 días en lo que respecta a los contratos que contienen elementos tanto de venta como de servicios (artículo 9)... »; respecto a los contenidos digitales gratuitos se añade, p. 9, que «... pueden existir dificultades para distinguir en la práctica entre contratos de contenido digital y contratos sobre servicios en línea cuyo objeto principal es la prestación de un servicio, en lugar del contenido digital en sí mismo; los segundos están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva como “contratos de servicios” solo cuando son prestados a cambio del pago de un precio. En principio, todas las disposiciones de la Directiva son aplicables también a los contratos de suministro de contenidos digitales» y en p. 10: «... la Directiva no se aplica actualmente a la prestación de servicios en línea “gratuitos” como el almacenamiento en la nube o el correo electrónico, con respecto a los cuales la principal obligación contractual de la empresa no es proporcionar contenidos digitales, sino prestar un servicio que permita la creación, el tratamiento, almacenamiento o intercambio de datos producidos por el consumidor... la Comisión considera que para garantizar que la Directiva siga siendo plenamente pertinente y capaz de hacer frente a los retos actuales, su ámbito de aplicación debe ampliarse para cubrir los contratos de servicios digitales “gratuitos”, garantizando al mismo tiempo, en su caso, la igualdad de trato para los servicios digitales y los contenidos digitales». Por todo ello la Comisión propone en este informe acerca de la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, p. 11: «la ampliación de su ámbito de aplicación para incluir los contratos de servicios digitales “gratuitos” y, por tanto, aplicar los requisitos de información precontractual y el derecho de desistimiento a todos los servicios digitales. Esta modificación pretende aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio».

⁵⁵ LÓPEZ MAZA. *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 798. DELGADO ECHEVERRÍA. *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Volumen segundo, Barcelona, 1995, p. 221. ALBALADEJO. *Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002, p. 727.

⁵⁶ «a) “contrato de venta”: todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios».

aunque el art. 59 bis, párrafo 1º, b) TRLGDCU sí define el contrato de servicios con la necesaria concurrencia de un precio⁵⁷.

Si el intercambio es de cosa por precio sin duda habrá un contrato de compraventa. Cuando el intercambio es de cosa por cosa (contenido digital a cambio de datos) nos encontramos ante una permuta que permitiría la aplicabilidad de las normas de la compraventa incluidos los preceptos acerca del saneamiento.

El punto de partida para llegar a este extremo se fundamenta en la Propuesta de contratos de suministro en la economía digital en la cual «los participantes en el mercado ven a menudo, y cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero»⁵⁸. En estos casos se permite el acceso a datos personales o a otro tipo de datos⁵⁹. En el Considerando 14 de la Propuesta de contrato de suministro se aclaran qué datos son: «contratos en 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 acceso a las fotos del consumidor»⁶⁰.

Sin embargo, la cuestión problemática que aparece aquí es la siguiente: si se considera que la «contraprestación no dineraria» del art. 3 de la Propuesta de contratos de

⁵⁷ Según el *European Law Institute (Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 16) «el suministro de contenido digital frecuentemente envuelve una complejidad extraña al escenario del contrato de venta de bienes, consistente en que envuelve al menos dos acuerdos y frecuentemente, al menos, tres partes. Cuando los consumidores compran contenido digital, están normalmente adquiriendo una licencia para usar derechos de propiedad intelectual pertenecientes al suministrador o a una tercera parte: el consumidor adquiere una licencia de usuario final, que puede parecer consistir en un contrato separado.... El suministrador a quien el consumidor le satisface el precio (o a quien el consumidor le suministra datos personales como contraprestación) promete ambas cosas “entrega” del contenido digital (que puede adoptar la forma, por ejemplo, de una descarga de datos o la provisión de un acceso continuado a un contenido basado en la nube, por ejemplo, una versión para varios jugadores de un juego digital) y a poner al consumidor en una posición legal que convierte el uso por parte del consumidor del contenido digital de acuerdo con el contrato... en tenedor de los derechos de IP...». Lo que sí parece exigirse es la concurrencia de precio u otra contraprestación.

⁵⁸ Véase el Considerando 13 de la Propuesta de contratos de suministro.

⁵⁹ *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico*, Bruselas, 10.5. 2017, COM (2017) 229 final, pp. 15-16: «... posibles problemas de competencia relacionados con la recopilación y el uso de datos. Por ejemplo, el intercambio de datos sensibles desde el punto de vista de la competencia, como los precios y las cantidades vendidas, entre mercados virtuales y terceros vendedores o entre fabricantes con establecimientos propios y minoristas, puede suscitar problemas de competencia cuando los mismos operadores entran en competencia directa para la venta de determinados productos o servicios».

⁶⁰ La Propuesta de contratos de suministro añade los casos en que no se aplica su articulado a pesar de que se dieron datos en su Considerando 14. Sirve de complemento a lo anterior el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro.

suministro debe encajarse dentro de la permuta tendríamos, siguiendo a Albaladejo⁶¹, lo siguiente: «Obligaciones de las partes.- No hay obligaciones del comprador, sino que las obligaciones de las partes, en principio, son las del vendedor –básicamente las de entregar y sanear-, tanto para una como para otra». En consecuencia, si el consumidor lo que entrega son datos, también estará obligado al saneamiento de los mismos, aspecto éste no regulado por la Propuesta de suministro de contenidos digitales centrada en las obligaciones de la otra parte del contrato que suministra el contenido digital, regulando, por ejemplo, la «conformidad de los contenidos digitales con el contrato» (art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro) o las formas de saneamiento por falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales (art. 12 de la Propuesta de suministro de contenidos digitales).

Cabría considerar la contraprestación consistente en una aportación de datos como una manifestación de la permuta regulándose en la Propuesta de contratos de suministro de contenidos digitales en particular los derechos de quien se manifiesta como la parte más débil que es el consumidor.

En el texto de la Propuesta de contratos de suministro se encuentran, por un lado, pasajes relativos al contrato de compraventa: Posiblemente centrándose en la noción de venta, en el texto de la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro se opera reiteradamente con la idea de las formas de saneamiento⁶². Mención que también se refleja en sus Considerandos⁶³ así como en la propia literalidad de los singulares preceptos de esta Propuesta de contratos de suministro, por ejemplo, en su art. 12, donde, por ejemplo, reiteradamente alude a la posibilidad de reducir el precio sin mencionar el supuesto de una contraprestación distinta del dinero.

Además, precisamente el art. 12 de la Propuesta de contratos de suministro repetidamente apunta hacia la existencia de un precio⁶⁴ bajo su rúbrica relativa a las «Formas de saneamiento por la falta de conformidad con el contrato». Todo ello quizá está desvelando, al menos en parte, la verdadera intención del legislador europeo en la Propuesta de contratos de suministro consistente en situar ese contrato de

⁶¹ ALBALADEJO. *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones, op. cit.*, p. 568.

⁶² Por ejemplo, en las pp. 12 («formas de saneamiento disponibles en caso de litigio», «formas de saneamiento disponibles para los consumidores en casos de falta de conformidad de los contenidos con el contrato», p. 14 («enumera las formas de saneamiento disponibles para el consumidor en caso de cualquier incumplimiento en el suministro o de falta de conformidad de los contenidos digitales»).

⁶³ Véase Considerando 8.

⁶⁴ Por ejemplo, cuando se dice que «El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio» o más adelante el mismo art. 12 de la Propuesta de contratos de suministro vuelve a apuntar hacia la existencia de un precio: «La reducción del precio debe ser proporcionada a la disminución del valor de los contenidos digitales recibidos...».

suministro de contenidos digitales dentro de la compraventa⁶⁵ o, al menos, en un contrato con precio u otra contraprestación.

En el Considerando 12 de la Propuesta de contratos de suministro, el tenor literal ya es muy claro mencionando la existencia de una venta cuando los contenidos digitales figuren en un soporte duradero⁶⁶.

Por otra parte, el art. 2 de la Propuesta de contratos de suministro en su párrafo sexto contiene una definición obvia del precio: «dinero pagadero a cambio de los contenidos digitales suministrados». Luego aquí sí puede reconocerse una compraventa cuando hay suministro de productos digitales. En este mismo precepto se expone el concepto de suministro: «hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o a poner a disposición los contenidos digitales» (art. 2 párrafo 10 de la Propuesta de contratos de suministro). Acerca de este extremo no conviene olvidar que tradicionalmente la puesta a disposición constituye una modalidad de entrega⁶⁷. Por otra parte, cabría

⁶⁵ *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 12, ubicando la cuestión en el contrato de compraventa: «... debe producirse una “digitalización” del derecho de compraventa, considerando el hecho de que muchos bienes de consumo tangibles estarán, en un futuro próximo, incorporados con *software*... conectando estos bienes con otros bienes y personas en lo que se denomina frecuentemente Internet de las Cosas. Creemos que esto tiene un profundo impacto en el derecho de la compraventa en varios aspectos, ya no porque significa que la venta de bienes podría ya no ser analizada como un intercambio a un tiempo de prestación y contraprestación, sino como un intercambio de bienes y dinero a un tiempo combinado con varias relaciones de larga duración en las que incurre el consumidor con el vendedor, con el productor o con terceras partes que cooperen con el productor o el vendedor. Como el consumidor ha pagado anticipadamente un importe que engloba *hardware*, *software* y cualquier suministro a lo largo del tiempo de contenido digital durante toda la vida de los bienes, el consumidor se encuentra en una posición estructuralmente débil. Esto debe conducir a repensar acerca de la estructura del contrato de compraventa, incluido la noción de lo que es la “propiedad”, pero también repensar quién debe ser responsable frente al consumidor si algo falla en el suministro a largo plazo de contenido digital». Entiendo que debe distinguirse. por un lado, la existencia de una venta, así como la posible existencia de otros contratos como puede ser un servicio a cambio de precio o la existencia de ventas sucesivas de bienes o productos o la concurrencia de una permuta.

⁶⁶ «La presente Directiva 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. La Directiva 2011/83 debe continuar aplicándose a dichos bienes, incluidas las obligaciones relacionadas con la entrega de productos, los recursos en caso de incumplimiento en la entrega y la naturaleza del contrato en virtud del cual se suministran dichos bienes».

⁶⁷ Resulta curioso cómo el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, COM/2010/0348 final señala respecto de los contratos de servicios, p. 8: «Los contratos de servicios son también muy importantes. Sin embargo, dado lo heterogéneo de su carácter, será preciso elaborar disposiciones específicas para tipos específicos de contratos de servicio. Por ejemplo, el instrumento podría incluir disposiciones para los contratos de servicio de cuasiventa, como el arrendamiento de vehículos o los contratos de seguros. Además, los contratos en materia de servicios financieros son de índole muy específica y técnica, en especial cuando

resaltar que en la definición de «suministro», este art. 2 de la Propuesta de contratos de suministro no señala expresamente en su tenor literal que sea preciso un precio, aunque el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro señala como ámbito de aplicación de la misma a los contratos en que se pague un precio u otra contraprestación. Resulta llamativo que este listado de definiciones del art. 2 de la Propuesta de contratos de suministro no menciona la «contraprestación no dineraria».

Por otro lado, también se reflejan en la Propuesta de contratos de suministro pasajes dedicados a la permuta: El art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro, al regular el «Alcance», en su primer párrafo⁶⁸, parece ir en la línea de distinguir, por un lado, la concurrencia de precio, y, por otra, la existencia de otra contraprestación. Y este extremo cobra asimismo relevancia a la hora de resolver el contrato, cuando el art. 13 de la Propuesta de contratos de suministro distingue, por un lado, que «el proveedor reembolsará al consumidor el precio pagado sin demora indebida» y, por otro, que «el proveedor adoptará todas las medidas que podrían esperarse para abstenerse de utilizar las contraprestaciones no dinerarias que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales». El art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro centra la contraprestación no consistente en dinero en la facilitación de «datos». Se intercambia cosa por cosa, datos y contenido digital, luego se trata de una permuta⁶⁹.

La Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro reconoce que su objetivo está constituido por una ampliación del alcance frente a la Propuesta de

se celebran entre profesionales y reclaman un enfoque prudente...». Produce perplejidad y resulta criticable la expresión de «cuasiventa».

⁶⁸ «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».

⁶⁹ También el ELI se ha pronunciado acerca de la definición de contrato de suministro de contenido digital (*Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 17): «Asumimos que el “contrato de suministro de contenido digital” acerca del cual trata la Directiva es únicamente el contrato concluido por el consumidor con la persona que ha prometido “entregar” el contenido digital y el derecho a usarlo, y a quien el consumidor ha pagado el precio o suministra datos personales como contraprestación». El entrecomillado que efectúan responde a la peculiaridad del bien vendido, esto es, el contenido digital. Pero no se especifica en este texto si se trata de una venta, al menos cuando hay precio, o qué figura contractual aparece cuando no se satisface precio en dinero, sino que se entrega otra contraprestación que conforme al tenor literal del art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro debe consistir en proporcionar «datos». Debería aclararse que se trata de una permuta, concepto clásico y tradicional procedente del derecho romano y conocido en los ordenamientos europeos con origen romano común. En este pasaje del ELI no se contempla la gratuidad del contrato reconociéndose, por tanto, la concurrencia de un precio u otra contraprestación.

Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea⁷⁰ haciendo hincapié, como novedad, en la existencia de una contraprestación no monetaria.

Lo cierto es que esa pretendida ampliación tampoco resulta tan novedosa, pues se trata del intercambio de cosa por cosa (contenido digital a cambio de datos) que pone de manifiesto una figura ya existente desde el Derecho romano y conocida por sus profundas raíces históricas como es la permuta⁷¹.

En el mismo sentido que su art. 3, la Propuesta de contratos de suministro prevé en su Considerando 14 el caso de «contenidos digitales no suministrados a cambio de un precio sino por otra contraprestación diferente al dinero»⁷².

⁷⁰ Véase la p. 2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro refiriéndose a dos Propuestas de Directivas de 9.12.2015.

⁷¹ Es preciso mencionar la definición de permuta reflejada en el art. 1538 C.c., así como la aplicación de los preceptos correspondientes al contrato de compraventa en el art. 1541 C.c. En este sentido, cabe citar a GARCÍA CANTERO *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1052: «... cabe considerar aplicables a la permuta los arts. 1457 y 1459 sobre capacidad y prohibiciones, el 1451 sobre la perfección del contrato, los arts. 1461 a 1464 sobre entrega de la cosa permutada, el art. 1494 sobre permuta de animales y ganados con enfermedades contagiosas, así como la posibilidad del *pactum reservati dominio* y la cláusula resolutoria expresa». GARCÍA CANTERO *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, Tomo XIX, Madrid, 1991, p. 827: «Ya se comprende que esta remisión general y en bloque al régimen legal de la compraventa no puede aceptarse». No conviene olvidar que dentro del Libro Cuarto del Código civil («De las obligaciones y contratos»), después del Título IV dedicado al contrato de compraventa, el Título V se dedica a la permuta. Acerca de este extremo cobra plena actualidad el tratamiento de la *permutatio* en el Derecho romano, FUENTESECA, P. *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 292: «Es un ejemplo perfecto de convención del tipo *do ut des*. Como se sabe, los proculeyanos pretendían subsumir la *permutatio* en el esquema de la *emptio-venditio* considerando que una de las cosas permutadas servía de precio respecto a la otra, criterio que no ha prevalecido. Sin embargo, las analogías con la *emptio-venditio* hicieron que se aplicase a la permuta la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos. Realizada, por tanto, la *permutatio* o intercambio de las cosas convenidas, cada sujeto responde frente al otro por evicción de la cosa entregada y por los vicios ocultos de la misma, si bien esta última obligación suele presentarse como surgida en el derecho justiniano. Las cosas habían de ser propiedad de las partes y el contrato solamente tenía fuerza obligatoria cuando, además del acuerdo o convención, había sido realizada la entrega o *datio* por parte de uno de los sujetos o de ambos mutuamente. La finalidad del negocio era la transmisión de la propiedad de una cosa a cambio de la transmisión de la propiedad de otra en contraprestación, de tal modo que una entrega era causa respecto a la otra. En derecho clásico se destaca como figura especial la *permutatio* al serle otorgada al sujeto que había cumplido la *datio* una *condictio ob rem dati re non secuta* frente a la otra parte incumpliente. Más tarde, quizá en derecho justiniano, se le otorgó la *actio praescriptis verbis* (D. 19,5,5,1 e *Inst.* 4,6,28)».

⁷² Véase el *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p.3: «En cualquier caso, la Directiva no debería limitarse a casos en los cuales el consumidor "activamente" aporta datos personales u otros; se debería aplicar en todo caso en el cual el empresario recolecta datos personales u otros datos generados por el consumidor o usuario... no existe razón por la cual el consumidor debería tener menos derechos cuando los datos son recopilados por una actividad unilateral por parte del empresario o incluso clandestinamente». *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 16: «Debería

En consecuencia, parece que el legislador europeo, cuando regula en los artículos 5 y siguientes de la Propuesta de contratos de suministro, los diversos aspectos que toca⁷³, lo hace con carácter general. Parece que engloba ambos casos, esto es, la concurrencia de precio u otra contraprestación consistente en facilitar «datos», bajo la noción de suministro. Y ello encaja con la idea de que se está operando, por un lado, con la noción de venta (cuando concurre el precio) y, por otro, aunque no se mencione expresamente en el texto, con la permuta (en los casos de intercambio de contenido digital y datos) aplicándose a ambas figuras las reglas de saneamiento. E incluso dentro del contenido digital descrito en el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro se encuentran los servicios, ya se presten a cambio de precio u otra contraprestación.

4.1. CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS DIGITALES CON EL CONTRATO: ART. 6 DE LA PROPUESTA DE CONTRATOS DE SUMINISTRO

4.1. *Producto como bien mueble. Las cosas muebles corporales*

El punto de partida para analizar los contratos de suministro de contenidos digitales debe consistir en advertir que estos últimos son susceptibles de clasificarse según consten o no en un soporte material⁷⁴ o duradero⁷⁵. Cuando tales contenidos digitales constan en soporte duradero pueden considerarse bienes muebles⁷⁶. No conviene olvidar que el art. 6 TRLGDCU⁷⁷ señala: «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código civil»⁷⁸. Ciertamente, este art. 6 TRLGDCU no añade expresamente que ese bien tenga que ser «corporal» como sí requiere el art. 59 bis,

aclararse que “precio” u otro tipo de contraprestación incluye datos suministrados o recolectados por una tercera parte... el único tipo de contraprestación distinto del dinero reconocido por la Directiva es el suministro de datos personales u otros datos...».

⁷³ Art. 5 «Suministro de contenidos digitales», art. 6 «Conformidad de los contenidos digitales con el contrato», art. 7 «Integración de los contenidos digitales», art. 8 «Derechos de terceros», art. 9 «Carga de la prueba»...

⁷⁴ El Considerando 18 de la Directiva 2011/83 opera con la noción de soporte material igual que su art. 5.2 y define el soporte duradero en su art. 2 párrafo 10.

⁷⁵ Art. 2 párrafo 11, art. 3 párrafo 3º de la Propuesta de contratos de suministro y art. 59 bis 1 f) TRLGDCU.

⁷⁶ Véanse las opiniones de: CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Separata I, p. 931; GUTIÉRREZ SANTIAGO *Comentarios al Código civil*, Tomo II, Director: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Pamplona, 2013, p. 2734; SANTOS BRIZ. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo V, Vol. 1º, Madrid, 1990, pp. 50-51.

⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,, *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coordinador), Pamplona, 2015, p. 78: «... este artículo 6... la definición del concepto de producto es, pues, de aplicación al artículo 114...».

⁷⁸ Y el art. 136 TRLGDCU insiste en los bienes muebles incluyendo gas y electricidad.

párrafo 2º, TRLGDCU⁷⁹. La cuestión es si la noción de bien mueble incluye en este art. 6 TRLGDCU a los contenidos digitales no suministrados en soporte material.

Tal y como está redactado actualmente el art. 6 TRLGDCU su tenor literal permitiría incluir en él los casos de contenidos digitales que consten en soporte duradero (CD, DVD que enumera, precisamente, el art. 59 bis, 1º f) TRLGDCU), pero también aquellos que carezcan de soporte duradero⁸⁰. Si el legislador hubiese querido referirse sólo a bienes corporales lo hubiera dicho. La remisión al art. 335 C.c. puede resultar de utilidad.

Por lo que concierne al tenor literal del art. 59 bis, párrafo 2º, TRLGDCU, viene a sembrar dudas sobre la clara redacción del art. 6 TRLGDCU. En este último «a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código civil». Sin embargo, el art. 59 bis, párrafo 2º, TRLGDCU, con su alusión a las «cosas muebles corporales» y su redacción poco clara crea dudas interpretativas cuando preceptúa: «A los efectos de este libro, título I, capítulo I, artículos 66 bis y 66 ter y del título III, se consideran bienes a las cosas muebles corporales...». La cuestión radica en concretar si este precepto centra su alusión a las cosas muebles corporales únicamente respecto de los artículos 66 bis y 66 ter del TRLGDCU o si, por el contrario, esta necesidad de operar con bienes muebles corporales se da también para los artículos 59 hasta 67 y 92 hasta 113 TRLGDCU⁸¹.

4.2. Criterios de conformidad pactados en el contrato.

En el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro se contienen «una combinación de criterios de conformidad contractuales y legales»⁸².

⁷⁹ LÓPEZ MAZA, *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 817: «Lo importante es que sea corporal. Quedarían excluidos, a estos efectos, los bienes inmateriales (ej. la descarga de archivos musicales por internet)».

⁸⁰ ALBALADEJO. *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, Volumen segundo, Barcelona, 1996, p. 104: «Son bienes muebles... por analogía... las cosas no corporales», y en p. 105: «... categoría de muebles por analogía. Es decir, dentro de él se engloban los objetos de derecho constituidos por cosas no corporales».

⁸¹ CÁMARA LAPUENTE. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo*, op. cit., p. 88, acerca del art. 59 bis 2 TRLGDCU: «... debería interpretarse que sólo serán inaplicables a los contratos sobre contenidos sin soporte material los artículos 66bis, 66ter, 107, 110 y 111 TR-LGDCU y no otros como el art. 61 (sobre integración publicitaria en el contrato) o el art. 60 TR-LGDCU». LÓPEZ MAZA. En *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 817: «Mientras que del Título I señala los artículos concretos a los que se aplica, no lo hace así respecto del Título III. Este tenor literal no debe llevarnos a la equívoca idea de que tal concepto se aplica a todo el capítulo I, sino únicamente a sus artículos 66 bis y 66 ter TRLGDCU».

⁸² Véase la p. 13 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro.

El art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro comienza con una serie de párrafos dedicados a considerar criterios de conformidad aquellos que se pacten expresamente en el contrato.⁸³ Recordando el concepto de contenido digital fijado en el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro, este art. 6 de la Propuesta afectará a bienes y servicios y no sólo se limita a los servicios de instalación como ocurre en el derecho vigente con el art. 116.2 TRLGDCU. Esto significa asimismo que este art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro debe ponerse en relación con otro precepto del mismo texto que es el art. 12 cuya rúbrica es muy elocuente: «Formas de saneamiento por falta de conformidad con el contrato», luego el rasgo fundamental de esta Propuesta de contratos de suministro es que opera con la noción de «saneamiento» aplicándola no sólo a bienes, sino también a los servicios que enumera el art. 2.1 de la misma Propuesta.

En la totalidad de estos cinco primeros párrafos del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro constituye un criterio decisivo que el aspecto que sea haya sido incorporado al contrato como parte de su contenido⁸⁴. Concurriendo esta circunstancia cualquier falta de tales requisitos se considera como ausencia de conformidad de los contenidos digitales. Que las partes deben sujetarse a lo pactado (art. 1258 C.c.) constituye un principio general del derecho y no una novedad de esta Propuesta de contratos de suministro.

Debido a que el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro regula la «Conformidad de los contenidos digitales con el contrato» será preciso analizar hasta qué punto esta redacción resulta novedosa frente a lo ya preceptuado en los artículos 114 y siguientes TRLGDCU en los que regula la «garantía de los productos de consumo».

⁸³ En este sentido, el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro señala en sus cinco primeros párrafos: «Para estar en conformidad con el contrato, los contenidos digitales serán, cuando proceda: a) en la cantidad, con la calidad, duración y versión, y poseerán la funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como accesibilidad, continuidad y seguridad, según venga requerido por el contrato, incluyendo cualquier información precontractual que forme parte integrante del contrato, b) aptos para el uso concreto requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor haya aceptado, c) suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridas por el contrato, y d) actualizados como se establece en el contrato». Véase cómo la Convención de Viena en su art. 35 y bajo la rúbrica de «Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros» señala en su párrafo 1º: «El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasados o embalados en la forma fijada por el contrato». Es decir, que las alusiones a la cantidad, calidad y tipo no constituyen una novedad sin precedentes de la Propuesta de contratos de suministro. Además, la Convención de Viena se refiere a «mercaderías», esto es, a bienes y no a servicios. En consecuencia, la noción de conformidad se asocia a tales mercaderías o bienes y no a servicios.

⁸⁴ En este sentido, el Considerando 24 de la Propuesta de contratos de suministro: «... que los contenidos digitales sean, antes que nada, conformes con lo que se prometió en el contrato».

Acerca de los artículos 114 y siguientes TRLGDCU es preciso destacar que el art. 59 bis, párrafo 2º, TRLGDCU con su limitación de ceñir la regulación que enumera a las «cosas muebles corporales», no contiene mención alguna en su tenor literal de los artículos 114 y siguientes. Luego la alusión a las «cosas muebles corporales» del art. 59 bis párrafo 2º TRLGDCU no es aplicable respecto de los artículos 114 y siguientes TRLGDCU donde rige el art. 6 TRLGDCU y su referencia a los bienes muebles relacionándolos con el art. 335 C.c.

En consecuencia, en los artículos 114 y siguientes TRLGDCU, la noción de producto vinculada al art. 6 TRLGDCU debe relacionarse con el art. 335 C.c. y con la inclusión de bienes muebles corporales (contenido digital suministrado en soporte duradero) o bienes muebles por analogía que incluyen cosas no corporales (contenido digital suministrado en soporte no duradero).

La cuestión radica asimismo en determinar si los artículos 114 y siguientes TRLGDCU son aplicables a los servicios⁸⁵. La Propuesta de contratos de suministro al regular la «Conformidad de los contenidos digitales con el contrato» (art. 6) sí engloba los servicios, pues estos se incluyen en el art. 2.1 de la Propuesta bajo la noción de contenido digital.

Si la pregunta es genérica, esto es, si la Propuesta de contratos de suministro alude a los servicios y si también lo hace el TRLGDCU la respuesta en el tenor literal de la Propuesta de contratos de suministro no resultaría novedosa comparada con la vigente redacción de los artículos 114 y siguientes TRLGDCU, pues en ambos textos se mencionan los servicios. Pero profundizando en la cuestión se descubren muchos matices. En el vigente art. 116.2 TRLGDCU es posible detectar cómo el legislador equipara a la «falta de conformidad del producto» el caso de la incorrecta instalación. Luego su redacción es más cautelosa y no considera que sean iguales los vicios ocultos de un producto frente a un servicio de instalación incorrecta, pero los aproxima o equipara. El art. 116.2 TRLGDCU queda centrado en torno a los servicios de instalación quedando fuera de esta regulación cualesquiera otros servicios. Sin embargo, la redacción de la Propuesta de contratos de suministro parece dar un paso más, pues no se detecta en ella la idea de equiparar defecto en los bienes y defecto en un servicio, sino que el legislador europeo ni siquiera se preocupa de incidir en tal equiparación pretendiendo, parece, considerar idénticos ambos casos sin distinguir uno de otro. La

⁸⁵ LÓPEZ MAZA, *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, op. cit., p. 798: «No sería aplicable a los contratos de servicios, por el contrario, el régimen de la garantía de conformidad del bien con el contrato (artículos 114 y ss. TRLGDCU) o el régimen de responsabilidad por productos defectuosos (artículos 128 y ss. TRLGDCU), pues en ambos casos debemos estar ante bienes, no ante servicios... Tampoco son aplicables a los contratos de servicios los artículos 64, 66 bis y 66 ter TRLGDCU, pues se refieren también a la adquisición de bienes».

Propuesta de contratos de suministro opera en su art. 6⁸⁶ reiteradamente con el término de contenido digital que, conforme a su art. 2.1, engloba bienes y servicios estableciendo la misma solución para ambos supuestos sin matización alguna. Y el concepto de servicio del art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro va más allá del mero servicio de instalación al que se limita el art. 116.2 TRLGDCU.

La Propuesta de contratos de suministro en su art. 6 opera con la noción de conformidad que, tratándose de bienes objeto de compraventa, podría identificarse con la regulación de los vicios ocultos conocidos tradicionalmente desde el Derecho romano, pero extendiendo esta idea a los servicios regulados en el art. 2.1 de la Propuesta citada. Como es sabido, nuestro Código civil no prevé una normativa de vicios ocultos para los servicios, sino, por ejemplo, en sede de compraventa. La Propuesta de contratos de suministro extendería las disposiciones sobre vicios ocultos respecto de un contrato que únicamente consista en una prestación de servicios. Claramente es posible comprobar cómo el art. 12 de la Propuesta de contratos de suministro opera con la noción de «saneamiento» permitiendo su aplicación a los servicios que pueden formar parte del contenido digital. Frente a ello, el vigente art. 116.2 TRLGDCU únicamente pretende equiparar defectos en bienes y servicios respecto de un servicio concreto que es el servicio de instalación.

Por otra parte, a diferencia del art. 114 TRLGDCU que alude a que «El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto», la Propuesta de contratos de suministro intenta eludir el término entrega lo que no contribuye precisamente a aclarar la cuestión. En la Propuesta de contratos de suministro se dice en su art. 5: «el proveedor suministrará», «el proveedor facilitará». Y en su art. 6: «suministrados junto con las instrucciones». Una mayor claridad de la Propuesta de contratos de suministro en este punto contribuiría a arrojar más luz sobre este extremo. Parece que la finalidad perseguida por el legislador europeo es ofrecer una regulación conjunta para los dos casos, es decir, tanto si hubo precio como si existió una contraprestación distinta al dinero (venta o permuta), pero entrega tendrá que haber. Por este motivo debería mencionarse la entrega también en la Propuesta de contratos de suministro. Quizá esta imprecisión se debe al supuesto de entrega relacionada con un servicio.

Por lo que concierne al uso especial, puede observarse cómo el TRLGDCU en su art. 116 une en un mismo precepto los usos especiales requeridos por el consumidor y los «usos a que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo». También la Propuesta de contratos de suministro regula en un mismo artículo, aunque en párrafos

⁸⁶ «Conformidad de los contenidos digitales con el contrato».

separados, los usos concretos de los fines ordinarios⁸⁷. En el extremo relativo al uso especial o concreto no parece existir diferencia alguna entre ambos textos⁸⁸, pero no conviene olvidar que la Propuesta de contratos de suministro extiende la noción de conformidad no sólo a los bienes, sino también a los servicios que enumera en su art. 2.1, mientras que el TRLGDCU únicamente se ocupa de los servicios de instalación en su art. 116.2⁸⁹.

Respecto a lo anterior, una solución consistiría en añadir al TRLGDCU, cuando regula el uso especial, un párrafo extendiendo su aplicación a los servicios, aunque ello significaría apartarse del tradicional esquema del Código civil que prevé la regulación de los vicios ocultos únicamente en sede de compraventa y no para el contrato de servicios. De este modo estaríamos ante un incumplimiento mucho más amplio y menos específico. Además, sería preciso concretar qué servicios serían los afectados. Lo más criticable de esta solución sería aplicar la noción de saneamiento a casos distintos de la compraventa como son los contratos de servicios produciéndose una indeseable ruptura con los antecedentes históricos.

Como ya he señalado, el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro contiene una serie de apartados dedicados a regular aspectos previamente incluidos en el correspondiente contrato. Comienza este art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro con un párrafo que, junto a la mención de cantidad y calidad menciona unas características más particulares de los contenidos digitales, para terminar aludiendo a la información precontractual como parte del contrato⁹⁰. Si intentamos buscar un precepto equivalente en el TRLGDCU el que más se aproxima es el art. 116.1 d) que también menciona la «calidad» y emplea términos muy genéricos que permitirían incluir en la norma multitud de supuestos, incluidos los casos de los contenidos digitales que recaigan sobre bienes y no sobre servicios, cuando se refiere a las «prestaciones habituales», que englobaría el funcionamiento del bien, o a la

⁸⁷ Lo mismo puede afirmarse de la Convención de Viena que en su art. 35.2 distingue en párrafos separados los usos ordinarios y el uso especial.

⁸⁸ El art. 116.1 c) TRLGDCU señala: «Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso». Y la Propuesta de contratos de suministro en su art. 6.1 b): «aptos para el uso concreto requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor haya aceptado».

⁸⁹ Acerca de la inserción de los servicios de instalación en la normativa de consumidores puede verse la interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2017.

⁹⁰ En este sentido, el art. 6 comienza señalando: «Para estar en conformidad con el contrato, los contenidos digitales serán, cuando proceda: a) en la cantidad, con la calidad, duración y versión, y poseerán la funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como accesibilidad, continuidad y seguridad, según venga requerido por el contrato, incluyendo cualquier información precontractual que forme parte integrante del contrato».

«naturaleza del producto», lo que permitiría adaptar este precepto a los citados contenidos digitales. Además, el art. 116.1 d) TRLGDCU regula expresamente la relevancia de las «declaraciones públicas» así como la «publicidad» o el «etiquetado». Luego la variación más relevante entre el texto de la Propuesta de contratos de suministro y el art. 116.1 d) TRLGDCU sería la mención de la cantidad. Pero el art. 116.1 a) TRLGDCU también señala la necesidad de que los productos «Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor...» luego dentro de este párrafo podrían incluirse las alusiones a la cantidad, aunque el TRLGDCU no incluya tal aspecto en su tenor literal. Por ello cabría concluir que el primer párrafo del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro no viene realmente a añadir nada nuevo a lo que ya tenemos en el vigente art. 116.1 TRLGDCU con la salvedad que el art. 116.1 TRLGDCU no está regulando los servicios (distintos del servicio de instalación previsto en el art. 116.2 TRLGDCU), sino los bienes y la Propuesta de contratos de suministro contempla bienes y servicios enumerados en el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro. Debido a su redacción general, el art. 116.1 TRLGDCU es susceptible de abarcar multitud de aspectos. No hay que olvidar que el art. 116.1 TRLGDCU opera genéricamente con la noción de producto que, conforme al art. 6 TRLGDCU, abarca bienes muebles incluidos los por analogía, esto es, sobre cosas incorpóreas. Respecto a la posibilidad de añadir una extensión a los servicios de este art. 116.1 TRLGDCU con el fin de adecuarlo a la Propuesta de contratos de suministro, ello desembocaría en una alteración respecto del régimen vigente en el Código civil que, por ejemplo, prevé la regulación acerca de los vicios ocultos para el contrato de compraventa sin que exista normativa expresa sobre ese extremo para el contrato de servicios. Sí prevé el art. 116.2 TRLGDCU una regulación del contrato de servicio de instalación, pero no se extiende respecto de otros casos de contratos de servicios, sin indicar en este precepto que los defectos en bienes y servicios sean lo mismo, sino equiparándolos únicamente.

Incluso cuando el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro preceptúa que los contenidos digitales deben estar «actualizados como se establece en el contrato», se está refiriendo a un extremo que es característico de esos bienes en concreto, pero que también podría entenderse incluido en el art. 116.1 d) TRLGDCU⁹¹ cuando, con carácter general, alude a las «prestaciones habituales» y a la «naturaleza del producto», aunque siempre con el matiz de que en el art. 116 TRLGDCU únicamente su párrafo 2º está regulando los servicios, concretándolos sobre el servicio de instalación.

Otro punto que debe mencionarse en el contrato siguiendo el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro es que los contenidos digitales deben ser «suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridas por el contrato». Este extremo no parece aclarar bastante si se está refiriendo a las instrucciones de

⁹¹ Referido a bienes muebles.

integración o a la presencia de un experto. En este sentido resulta preferible la redacción del art. 116.2 TRLGDCU cuando regula la incorrecta instalación. El art. 7 de la Propuesta de contratos de suministro es el que sirve para aclarar que, efectivamente, el art. 6.1 c) se está refiriendo a las «instrucciones de integración».

Lo que sí parece desprenderse con seguridad del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro es que tales aspectos deberán constar en el contrato por orden del legislador europeo⁹².

Además, dentro del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro se incluye un párrafo dedicado a los suministros que en virtud de pacto se extienden en el tiempo: «Cuando el contrato establezca que los contenidos digitales se suministrarán a lo largo de un periodo de tiempo, estos serán conformes con el contrato durante todo ese periodo»⁹³. Este pasaje conviene analizar si se aproxima o no al tenor literal del art. 115.1 TRLGDCU: «Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse»⁹⁴.

Tal vez el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro está pensando, como se desprende de su Considerando 29, en la posibilidad de acceder a un servicio, como los servicios en la nube. Frente a ello, los artículos 114 y siguientes TRLGDCU, aunque al utilizar la expresión de producto están englobando los contenidos digitales que recaigan sobre bienes, cuando en el art. 115.1 TRLGDCU se menciona a los «contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse» parece que se está refiriendo a entregas sucesivas de bienes. La diferencia entre ambos textos quizá radicaría en que el art. 115.1 TRLGDCU operaría con ventas sucesivas y el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro lo haría con la prestación de servicios, como

⁹² Con esta enumeración más específica de los extremos que se consideran relevantes para que exista conformidad con el contrato, parece que el legislador europeo está configurando o diseñando el contenido contractual que, de este modo, se convierte en imperativo por orden del legislador. Se inmiscuye así el legislador en la autonomía de la voluntad de los contratantes al enumerar con precisión qué puntos deberán constar y aclararse oportunamente en el contrato. Aunque esto no constituye una novedad de esta Propuesta de contratos de suministro, pues en otras disposiciones también es posible detectar esta tendencia del legislador europeo. Cabría pensar, por ejemplo, que el intercambio de contenido digital por datos no permitiría otro esquema diferente. Véase el Considerando 9 de la Propuesta de contratos de suministro y el art. 19 de la misma cuando ordena su carácter imperativo.

⁹³ Sirve de complemento el Considerando 29 de la Propuesta de contratos de suministro: «Muchos tipos de contenidos digitales se suministran a lo largo del tiempo. Por ejemplo, los consumidores acceden a servicios en la nube durante un periodo de tiempo. Por ello es importante garantizar que el contenido digital sea conforme con el contrato durante la vigencia del mismo». Y también la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro, p. 13.

⁹⁴ Admiten la aplicabilidad de las normas de la compraventa al contrato de suministro: URÍA MERUÉNDANO. *Derecho mercantil*, Madrid, 1987, p. 527; SÁNCHEZ CALERO. *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 1992, p. 488.

indica el Considerando 29 de la Propuesta de contratos de suministro. Luego en este punto la Propuesta de contratos de suministro resulta novedosa frente al TRLGDCU al referirse la Propuesta a los servicios que enumera en su art. 2.1. La cuestión de los «servicios en la nube» es que para ser considerados servicios precisan de una contraprestación. Es decir, que el concepto tradicional de contrato de servicio excluiría la gratuidad.

El art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro contiene asimismo un párrafo dedicado a la necesidad de suministrar la última versión de los contenidos digitales salvo pacto en contrario⁹⁵. También al comienzo del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro se alude a la versión pactada en el contrato⁹⁶ y a la necesidad de que se encuentren «actualizados como se establece en el contrato», es decir, al regular este art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro los extremos que deben constar en el contrato.

Por ello, quizá la única explicación que aclara la ubicación sistemática, fuera del párrafo del art. 6 dedicado a los datos contractuales, sea la de que lo que se pretende es resaltar que cuando los contratantes no digan nada en el contrato, la versión de los contenidos digitales debe ser la más reciente. Se trataría de destacar la supletoriedad de esta regla. Si esta es la intención del legislador europeo, entonces debió incluir este párrafo dentro del que regula los fines ordinarios cuando el contrato guarde silencio en torno a los requisitos de los contenidos digitales. Respecto a la cuestión de la versión más reciente, parece una característica típica de los contenidos digitales, por este motivo, seguramente, se ha incluido en esta regulación acerca de los mismos. Pero este extremo puede considerarse, según indiqué anteriormente, como una prestación habitual a las que se refiere el art. 116.1 d) TRLGDCU, aunque siempre advirtiendo que el art. 116.1 d) TRLGDCU no regula los servicios como sí hace la Propuesta de contratos de suministro. Luego tampoco constituye esta alusión a la versión más reciente de los contenidos digitales un aspecto que no encuentra acogida alguna en el TRLGDCU actualmente en vigor.

4.3. Uso ordinario

Por lo que concierne al uso ordinario, el TRLGDCU enumera este extremo con anterioridad al uso especial en el art. 116.1 b): «Sean aptos para los usos a que

⁹⁵ «Salvo que se acuerde otra cosa, los contenidos digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente de los contenidos digitales que estaban disponibles en el momento de celebrar el contrato». Véase el Considerando 29 de la Propuesta de contratos de suministro. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro, pp. 13 y 14.

⁹⁶ Cuando el art. 6, al comienzo, enumera los aspectos señalados en el contrato: «en la cantidad, con la calidad, duración y versión... según venga requerido por el contrato».

ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo». Sirve de complemento a lo anterior lo establecido en el art. 116.1 d)⁹⁷. Este art. 116 TRLGDCU queda centrado en torno a bienes o productos, pero no está regulando los servicios, salvo en su párrafo 2º. En este extremo radica la diferencia fundamental con la Propuesta de contratos de suministro que bajo la noción de contenido digital engloba bienes y servicios descritos en su art. 2.1. Un contenido similar se refleja en la Propuesta de contratos de suministro cuando en su art. 6, párrafo segundo, se refiere a los fines ordinarios⁹⁸. Respecto a esta primera parte del texto, concreta de modo específico que el precepto acerca de los fines ordinarios se aplicará en defecto de pacto. A ello hay que sumar que en todos los párrafos que preceden a este, el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro menciona particularmente la necesidad de que acerca de cada uno de los extremos que regula exista pacto al respecto. Con el fin de distinguir estos primeros párrafos del dedicado a los fines ordinarios, para éstos comienza destacando la ausencia de pacto acerca de ciertos extremos⁹⁹. Esta misma idea puede detectarse en el art. 116.1 TRLGDCU donde en el 116.1 a) se alude a la «descripción realizada por el vendedor» y en el art. 116.1 c) se menciona el «uso especial requerido por el consumidor y usuario», pudiendo utilizarse este precepto para bienes o productos digitales, pero no en el caso de los servicios contemplados en el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro.

La cuestión es si la redacción de la Propuesta de contratos de suministro añade un contenido novedoso o distinto al que ya tenemos en vigor en el art. 116.1 TRLGDCU, en concreto, para productos que sean bienes muebles, en materia de usos ordinarios. Es decir, no tratándose de servicios. En mi opinión la respuesta debería ser negativa. El tenor literal del art. 116.1 TRLGDCU es lo suficientemente amplio como para incluir en él los aspectos enumerados en la Propuesta de contratos de suministro cuando en el art. 6 se refiere a los fines ordinarios. El art. 116.1 d) TRLGDCU menciona la «calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo» así como la «naturaleza del

⁹⁷ «Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto»>.

⁹⁸ «En el supuesto de que el contrato no establezca, cuando proceda, de forma clara y comprensible, los requisitos para los contenidos digitales de conformidad con el apartado 1, estos serán aptos para los fines a los que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad, teniendo en cuenta: ...»>.

⁹⁹ Véase el Considerando 25 de la Propuesta de contratos de suministro.

producto». Estas expresiones se están refiriendo al funcionamiento del bien y, por ello, podría subsumirse en ellas el contenido de la Propuesta de contratos de suministro cuando señala: «su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad»¹⁰⁰. Ciertamente que el TRLGDCU podría especificar en mayor medida en este art. 116.1 d) que se está ocupando del funcionamiento, esto es, debería incluirse esta expresión en su tenor literal, pero, aun así, cabe sostener que está regulando el funcionamiento del bien. Quizá la solución radicaría más en incluir en el 116.1 d) TRLGDCU una mención del funcionamiento, que en añadir una regulación específica para contenidos digitales que no sean servicios sino bienes muebles. El inconveniente que entrañan las enumeraciones del legislador como ésta, reflejada en la Propuesta de contratos de suministro, es que, si aparece otro caso no mencionado expresamente dentro de tal listado, surgirán dudas acerca de si tal supuesto debería considerarse fin ordinario.

El art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro añade a la concreta regulación de los usos ordinarios¹⁰¹ tres párrafos más. Respecto del dedicado a las declaraciones también lo encontramos ya en el actual tenor literal del TRLGDCU, aunque con una redacción más cuidada que en la Propuesta. Y ello porque el art. 116.1 d) TRLGDCU abiertamente se refiere a las «declaraciones públicas» así como a la «publicidad o en el etiquetado» aunque, ciertamente, no está regulando los servicios que únicamente se contemplan en el art. 116.2 TRLGDCU ceñidos a servicios de instalación. Sin embargo, la Propuesta de contratos de suministro sólo utiliza la expresión de declaración sin el matiz de que sean públicas ni mencionar la publicidad ni el etiquetado¹⁰². En este sentido parece más tuitivo para el consumidor, porque aclara en mayor medida la cuestión, el art. 116.1 d) TRLGDCU aplicable a «productos», esto es, a bienes muebles como preceptúa el art. 6 TRLGDCU remitiéndose al art. 335 C.c. Por lo demás, en

¹⁰⁰ El extremo relativo a la interoperabilidad se destaca asimismo en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital*, Bruselas, 19.4.2016, COM (2016) 180 final, p. 6.

¹⁰¹ Respecto al primer inciso del párrafo dedicado a los fines ordinarios en la Propuesta de contratos de suministro, el art. 6 señala: «En el supuesto de que el contrato no establezca, cuando proceda, de forma clara y comprensible, los requisitos para los contenidos digitales de conformidad con el apartado 1...>>. Véase lo que señala acerca de este tenor literal el *Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed directive on the supply of digital content to consumers*, COM (2015) 634 final, p. 4: «Esto permitiría al empresario fijar su propio estándar mínimo en los términos y condiciones, si los términos están en un lenguaje claro e inteligible... estos términos son peligrosos y también innecesarios. Deberían ser borrados»>>.

¹⁰² No obstante, aunque la Propuesta de contratos de suministro guarde silencio acerca de este extremo, el TRLGDCU en sus arts. 17 y 18 regula la información al consumidor, así como el etiquetado y presentación de los bienes y servicios. En particular, el art. 18.2 d) TRLGDCU señala que debe informarse sobre la «fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad»>>.

materia de declaraciones públicas, el contenido del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro¹⁰³ y el art. 116.1 d) TRLGDCU¹⁰⁴ es similar. De modo que respecto de este extremo de las declaraciones públicas no contiene la Propuesta de contratos de suministro ninguna especialidad o particularidad digna de ser resaltada como especialmente protectora, sino que para tutelar al consumidor bastaría con el contenido del vigente art. 116.1 d) TRLGDCU respecto de los contenidos digitales que puedan considerarse bienes muebles. Comparando el tenor literal del art. 116 TRLGDCU con el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro, sí resultaría novedoso el art. 6 de la Propuesta para las declaraciones públicas acerca de los servicios que en ella se contemplan, puesto que este extremo no lo regula el art. 116 TRLGDCU.

Lo anterior respecto al art. 116 TRLGDCU. Por otra parte, múltiples preceptos del TRLGDCU apuntan hacia la necesidad de informar al consumidor acerca de bienes y servicios¹⁰⁵ por lo que la Propuesta de contratos de suministro no añade nada nuevo a la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Habría que destacar que los artículos 8 y 17 TRLGDCU al ocuparse de la información al consumidor mencionan los «bienes» o «servicios», pero no concretan específicamente que deba tratarse de bienes muebles corporales. Sí se determina este punto en relación con el art. 59 bis, párrafo 2º, TRLGDCU que para su ámbito de aplicación opera con la noción de «cosas muebles corporales».

Cabría pensar que estos artículos 8 y 17 TRLGDCU al utilizar la expresión de bienes o servicios y no concretar que deban ser cosas muebles corporales, estuvieran incluyendo, además, las cosas incorpóreas. Ciertamente cuando el legislador quiere aludir a las cosas muebles corporales lo indica expresamente y este sería un argumento

¹⁰³ «c) cualquier declaración realizada por o en nombre del proveedor u otras personas en eslabones anteriores de la cadena de transacciones salvo que el proveedor demuestre i) que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera tal declaración, ii) que la declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato, iii) que la declaración no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos digitales».

¹⁰⁴ «... de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto».

¹⁰⁵ En este sentido, el art. 8 TRLGDCU: «Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: ... d) la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute»; art. 17.1 TRLGDCU: «... información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado»; art. 60 TRLGDCU: «Información previa al contrato»; art. 61 TRLGDCU: «Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato».

que extendería la aplicación de estos dos preceptos (artículos 8 y 17) a las cosas incorporales y, en consecuencia, a los contenidos digitales que no se suministren en soporte material, así como a los servicios con el relevante matiz de que estos artículos no se centran exclusivamente en los servicios de instalación como el art. 116.2 TRLGDCU, sino que parecen extenderse sobre cualesquiera servicios. En este sentido, cabría luego una reclamación por incumplimiento del deber de informar. Tal y como está planteado en estos artículos 8 y 17.1 TRLGDCU, se trata de un incumplimiento contractual que no se considera ni regula como vicio oculto. No hay que olvidar que el actual art. 116 TRLGDCU no menciona la información vinculada a los servicios.

En consecuencia, para los artículos 8 y 17 TRLGDCU, sirve como precepto complementario el art. 6 TRLGDCU, ya que el art. 59 bis, párrafo 2º, TRLGDCU no menciona dentro de su ámbito de aplicación («cosas muebles corporales») ni al art. 8 ni al art. 17 TRLGDCU. Y el art. 6 TRLGDCU con su mención genérica a «todo bien mueble» permite incluir en él los contenidos digitales que sean productos ya consten o no en un soporte material.

Por lo que concierne al caso de la permuta, el legislador europeo, sin utilizar esta expresión, establece en el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro, al regular que los contenidos digitales sean aptos «para los fines a los que ordinariamente se destinan contenidos digitales del mismo tipo», como un elemento a tener en cuenta «si los contenidos digitales se suministran a cambio de un precio o por otra contraprestación no dineraria».

El párrafo del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro que apunta a considerar si hubo precio u otra contraprestación no dineraria no tendrá grandes consecuencias pues los efectos de compraventa y permuta serán semejantes. En mi opinión, no deberían generarse grandes diferencias entre los contratos en los que hay precio (venta) y en los que se suministran datos como contraprestación (permuta) porque nuestro Código civil remite a las reglas de la venta en su art. 1541.

En la práctica para apreciar los fines ordinarios a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo, en este caso, contenidos digitales, no parece de relevancia extrema determinar si hubo precio u otra contraprestación no dineraria. Por ello, este párrafo del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro posiblemente resulta obsoleto. Si su misión radica únicamente en resaltar si hubo precio u otra contraprestación no dineraria sin más, no creo que tal párrafo añada novedad alguna a lo que ya preceptúa el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro cuando en su

párrafo primero apunta a estas dos posibilidades¹⁰⁶. Si este es el «Alcance» de la Propuesta de contratos de suministro, como señala su art. 3, no es necesario reiterar esta misma idea más adelante en los preceptos sucesivos. Este ámbito de aplicación ya ha quedado fijado por el legislador europeo. Concluyendo, el párrafo que el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro dedica a la existencia de precio u otra contraprestación no dineraria parece sobrar en tal precepto, ya que se trata de evitar reiteraciones ociosas de aspectos ya contemplados en artículos anteriores como el art. 3 de la Propuesta de contratos de suministro.

Por último, al regular la cuestión de los fines ordinarios, el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro contiene una mención a los códigos de conducta¹⁰⁷. Sólo se mencionan los códigos de conducta al tratar de los fines ordinarios y no cuando el legislador europeo está contemplando los aspectos acordados en el contrato según se desprende de los primeros párrafos del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro. Además, no hay que olvidar que este art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro al referirse a «contenidos digitales» con arreglo a su art. 2.1 engloba bienes y servicios.

El Considerando 28 de la Propuesta de contratos de suministro establece que tales códigos de conducta deben contemplarse en la aplicación de la Directiva lo que significa que también se utilizarán en los contratos entre proveedores y consumidores. En este sentido, debería el legislador europeo añadir este extremo a los párrafos que dedica al contenido contractual en el art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro¹⁰⁸. Respecto a si esta alusión a los códigos de conducta, bien al tratarse de los fines ordinarios, o bien al contemplar los usos concretos pactados, constituye o no una novedad para nuestro ordenamiento jurídico, la respuesta debe ser negativa. El art. 21.4 TRLGDCU preceptúa que la existencia de códigos de conducta debe ser indicada en la oferta comercial. Luego parece incluso más tuitivo el tenor literal de nuestro vigente art. 21.4 TRLGDCU que el contenido de la Propuesta de contratos de suministro que en su art. 6 únicamente alude a los códigos de conducta cuando regula los fines ordinarios silenciando este extremo al tratar de los usos concretos.

¹⁰⁶ «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».

¹⁰⁷ «b) cuando proceda, cualquier norma técnica internacional existente o, a falta de dicha norma técnica, códigos de conducta y buenas prácticas industriales».

¹⁰⁸ El TRLGDCU bajo la rúbrica de «Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios» regula en su art. 21.4 («Régimen de comprobación y servicios de atención al cliente») la existencia de los códigos de conducta. En el art. 21 TRLGDCU reiteradamente se alude a «bienes o servicios». Además, encontramos regulación acerca de las prácticas comerciales en el art. 19 TRLGDCU.

5. EL DESCONOCIMIENTO DE LAS FALTAS DE CONFORMIDAD

Otro aspecto que conecta directamente con nuestro Código civil es el contenido del art. 116.3 TRLGDCU: «No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario». El art. 116.3 TRLGDCU se está refiriendo a productos y no regula los servicios, pues la regulación de estos queda limitada en el art. 116.2 TRLGDCU a los servicios de instalación. Este aspecto de la ignorancia de los defectos por parte del consumidor no se contiene en la Propuesta de contratos de suministro cuando está regulando los requisitos de conformidad. Aunque se trate de contenidos digitales, estos podrían quizá tener algún defecto que incluso una vez incorporados al ordenador del usuario tardan en descubrirse. Aquí, posiblemente, también cabría reconocer un vicio oculto, en particular, cuando se trate de bienes o productos digitales. Por este motivo, no debe olvidarse la idea de que esos defectos pueden ser desconocidos para el comprador incluso una vez se encuentre disfrutando del contenido digital. En consecuencia, el legislador europeo debería añadir aquí un párrafo destacando la necesidad de que los vicios sean ocultos o desconocidos para el consumidor y usuario¹⁰⁹, al menos, cuando regula los productos digitales.

No conviene olvidar que la Propuesta de contratos de suministro al regular en su art. 6 la «Conformidad de los contenidos digitales con el contrato» se complementa con su art. 2.1 donde bajo la expresión «contenido digital» se engloban bienes y servicios. La peculiaridad de la Propuesta de contratos de suministro consiste en extender el régimen que originariamente figura en nuestro Código civil como vicios ocultos, ubicados sistemáticamente en sede de compraventa, a otras figuras contractuales, como el arrendamiento de servicios, para las que nuestro Código civil no contempla vicios ocultos con la minuciosidad que se hace en sede de compraventa. Lo llamativo de la Propuesta de contratos de suministro es que intenta englobar bajo una nueva terminología, la conformidad, cualquier incumplimiento. En Directivas anteriores, al regularse la venta, la noción de conformidad quedaba prácticamente con un contenido muy aproximado a la regulación de los vicios ocultos del Código civil. Siguiendo la estela de los vicios ocultos, el art. 116.3 TRLGDCU señala la necesidad de que los defectos fueran desconocidos para el consumidor. Esto queda borrado en la Propuesta de contratos de suministro y ni siquiera se menciona para el supuesto de que se trate de ventas de productos digitales. Todo ello cabría interpretarlo como un intento de

¹⁰⁹ Incluso la Convención de Viena sigue esta estela en su art. 35.3: «El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato». Se centra, por tanto, en el contrato de compraventa.

apartarse de la noción clásica de los vicios ocultos con el consiguiente riesgo grave que conlleva no otorgarles la importancia que merecen a nociones básicas del derecho civil.

Por su parte, el art. 116.2 TRLGDCU señala que los defectos en el servicio de instalación (que es el único servicio que contempla) se equiparan a los vicios ocultos en los bienes, pero sin establecer una identidad total. En consecuencia, el tenor literal del TRLGDCU, con esa equiparación, aún está respetando el vicio oculto de un bien frente al servicio de instalación incorrecto. Y, por este motivo, el art. 116.3 TRLGDCU opera con el desconocimiento del defecto por parte del consumidor.

Además, es preciso destacar que, así como no se menciona en la Propuesta de contratos de suministro el desconocimiento del defecto por el consumidor, sí se contienen otras disposiciones como la ausencia de derechos de terceros que encontramos en nuestro Código civil en sede de compraventa (art. 1475 C.c.). Todo ello pone de manifiesto un panorama poco claro. Es decir, puede producir cierta inseguridad que se tomen ciertas ideas que se ubican sistemáticamente en sede de compraventa y se omitan otras. Todo ello puede llegar a resultar perjudicial para el consumidor.

6. INTEGRACIÓN DE LOS CONTENIDOS DIGITALES

El art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro concluye con un párrafo¹¹⁰ que incluye dentro de la rúbrica de este precepto («Conformidad de los contenidos digitales con el contrato») el contenido de otros dos preceptos de la Propuesta de contratos de suministro como son los artículos 7 y 8. El art. 7 de la Propuesta de contratos de suministro dedicado a la «Integración de los contenidos digitales»¹¹¹ y su art. 8 dedicado a los «Derechos de terceros». Resulta llamativo el tenor literal del último párrafo del art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro cuando señala «deben cumplir también». A diferencia de la vigente redacción del art. 116.2 TRLGDCU que dice que la instalación incorrecta «se equipará» a la falta de conformidad, redacción en la que se detecta claramente que no está identificando sino aproximando un vicio oculto de un bien a una instalación defectuosa, sin embargo, la Propuesta de contratos de suministro no traza una diferencia tan clara. Quizá porque pretende aplicar a los servicios que contempla las reglas de los vicios ocultos sin matizar las diferencias entre el defecto de un bien o producto (aunque sea digital) y los defectos de un servicio.

¹¹⁰ Art. 6 de la Propuesta de contratos de suministro, último párrafo: «Para ser conformes con el contrato, los contenidos digitales deben cumplir también los requisitos de los artículos 7 y 8».

¹¹¹ El Considerando 30 de la Propuesta de contratos de suministro señala: «... los contenidos digitales deben integrarse correctamente en el entorno de *hardware* y *software* del consumidor».

Tanto el art. 7¹¹² como el art. 8 de la Propuesta de contratos de suministro operan con la noción de «contenidos digitales» cuyo concepto incluye bienes y servicios como refleja el art. 2.1 de la misma Propuesta. Lo que este art. 7 de la Propuesta de contratos de suministro denomina «Integración de los contenidos digitales» parece equivaler a lo que el TRLGDCU denomina «instalación del producto» en el art. 116.2 TRLGDCU¹¹³, considerando, además, que el art. 116.2 TRLGDCU¹¹⁴ regula el contrato de servicios de instalación.

Sin embargo, el art. 8 de la Propuesta de contratos de suministro que señala la necesidad de que los contenidos digitales se suministren libres de derechos de terceros¹¹⁵ no encuentra equivalente en los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU. Curiosamente para encontrar los orígenes de esta regulación es preciso acudir al Código civil (art. 1475) y a los antecedentes históricos de la cuestión en sede de compraventa sin que el Código civil contemple aquí el supuesto de los servicios.

El art. 7 de la Propuesta de contratos de suministro no menciona al vendedor, pero sí al proveedor ya que la Propuesta extiende su ámbito de aplicación tanto a bienes como a servicios. Por lo que concierne al objeto de la «integración», el art. 7 de la Propuesta de contratos de suministro menciona genéricamente a los contenidos digitales, luego habrá que acudir al art. 2.1 de la misma donde se incluyen bienes y servicios.

El art. 116.2 TRLGDCU se refiere a que «la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro», extremo éste que no incluye el tenor literal del art. 7 de la Propuesta¹¹⁶. En este sentido, parece más claro exponiendo los derechos del consumidor el art. 116.2 TRLGDCU, aunque del art. 7 de la Propuesta de contratos de

¹¹² «Integración de los contenidos digitales. Cuando los contenidos digitales hayan sido integrados incorrectamente, cualquier falta de conformidad derivada de dicha integración incorrecta será considerada como falta de conformidad de los contenidos digitales si: a) los contenidos digitales fueron integrados por el proveedor o bajo su responsabilidad, o b) estaba previsto que los contenidos digitales fueran integrados por el consumidor y su incorrecta integración se debió a deficiencias en las instrucciones de integración cuando dichas instrucciones se hubieran suministrado de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra c), o de conformidad con el artículo 6, apartado 2».

¹¹³ Véase también la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes que en su art. 6 contempla la «Instalación incorrecta».

¹¹⁴ Art. 116.2 TRLGDCU: «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación».

¹¹⁵ Asimismo, la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes en su art. 7 se refiere a que los bienes deben estar «libres de cualesquiera derechos de terceros».

¹¹⁶ Acerca de la vinculación entre la venta y el servicio de instalación del bien puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2017.

suministro puede deducirse que existió acuerdo al respecto (por ejemplo, cuando este artículo preceptúa: «estaba previsto...»). Quizá la solución más tuitiva para el consumidor consiste en expresar claramente que tal instalación se encuentre incluida en el contrato como hace el art. 116.2 TRLGDCU. Además, no conviene olvidar que si el suministro de productos se hace a cambio de precio debería bastar con el contenido del art. 116.2 TRLGDCU sin que sea necesario una nueva regla que únicamente se limite a cambiar el término instalación incorrecta por el de integración incorrecta.

Con ello se evitaría engrosar inútilmente la normativa en materia de consumo en este extremo relativo a la instalación o integración incorrecta de los contenidos digitales que no consistan en un servicio suministrados a cambio de precio.

Otra posibilidad podría consistir en añadir a los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU el supuesto del contrato de suministro de productos (que incluiría los contenidos digitales no consistentes en un servicio) en el que existe una contraprestación no dineraria. De este modo se evitaría una duplicidad de regulaciones, aunque quedaría fuera el contenido digital consistente en un servicio que sí refleja la Propuesta de contratos de suministro. Pero lo que no contempla el art. 116.2 TRLGDCU es la integración incorrecta de un servicio de los que regula la Propuesta de contratos de suministro en su art. 2.1, ya que el art. 116.2 TRLGDCU se refiere a la “incorrecta instalación del producto”, concretamente al servicio de instalación de un producto.

Por otra parte, conviene resaltar que en la misma redacción de la Propuesta de contratos de suministro es posible detectar cómo el legislador, aunque parece ir en la línea seguida hasta ahora en las diversas Directivas europeas en el sentido de distinguir el defecto o vicio oculto de un bien frente a un servicio defectuoso o incorrecto, no aclara suficientemente este extremo. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro¹¹⁷ se considera que en el art. 7 se contiene una presunción de equiparación. Quizá aquí se está siguiendo la idea de distinguir lo que es un vicio oculto de un producto frente a un servicio incorrecto. Sin embargo, el Considerando 30 de la Propuesta de contratos de suministro no expresa tan claramente que se trate de una presunción¹¹⁸ equiparable a la falta de conformidad. Tampoco el TRLGDCU en su art.

¹¹⁷ Página 14 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro: «El artículo 7 explica que una falta de conformidad de los contenidos digitales que resulte de una incorrecta integración en el hardware o el software del consumidor se presumirá equiparable a la falta de conformidad de los contenidos digitales si el motivo de la integración incorrecta es atribuible al proveedor».

¹¹⁸ «Para trabajar adecuadamente, los contenidos digitales deben integrarse correctamente en el entorno de *hardware* y *software* del consumidor. Si la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales se deriva de una integración incorrecta, debe considerarse como una falta de conformidad con el contrato de los propios contenidos digitales, si fueron integrados por el proveedor o bajo su control, o por el consumidor siguiendo las instrucciones del proveedor y su incorrecta integración

116.2 utiliza la expresión presunción cuando regula la incorrecta instalación¹¹⁹ de bienes sin regular más contrato de servicios que el de instalación de un producto. Pero sí destaca el art. 116.2 TRLGDCU que hay una equiparación entre la incorrecta instalación y el vicio oculto de un producto.

De lo expuesto cabe concluir que el TRLGDCU en sus artículos 114 y siguientes sólo se extiende concretamente en su art. 116.2 al servicio de instalación que resulte incorrecto y que recaiga sobre un bien o producto, mientras que la Propuesta de contratos de suministro cuando regula la «Integración de los contenidos digitales» engloba, según su art. 2.1, también los servicios que en él se enumeran.

Ocurre que si se amplía el tenor literal de los artículos 114 y siguientes TRLGDCU a cualesquiera servicios se produciría una ruptura con la estructura y ordenación sistemática del Código civil. Los artículos 114 y siguientes TRLGDCU constituyen un reflejo del tratamiento de los vicios ocultos regulados en el Código civil en sede de compraventa. Cuando nuestro Código civil contempla el contrato de servicios no alude a los vicios ocultos y los defectos se reclamarán acudiendo al incumplimiento contractual. Salvo que se trate del caso concreto regulado en el art. 116.2 TRLGDCU, esto es, la incorrecta instalación de un producto que en este precepto se equipara a los vicios ocultos.

No parece muy adecuado que se pretenda mezclar aspectos fuertemente anclados en la historia y cuya regulación se remonta al derecho romano. Y ello utilizando nuevas terminologías como la conformidad que, más que aclarar, tienden a oscurecer la cuestión objeto de estudio. Resulta preferible, a mi juicio, la actual redacción del TRLGDCU pues se aproxima más al criterio clásico¹²⁰.

se debió a una deficiencia en las instrucciones de integración. En estos casos, el origen de la falta de conformidad se inscribe en la esfera del proveedor».

¹¹⁹ El art. 116.2 TRLGDCU dice literalmente «se equiparará a la falta de conformidad» no establece de modo literal que se presuma su existencia, salvo prueba en contrario. Sin embargo, en el art. 116.1 TRLGDCU sí se afirma literalmente “Salvo prueba en contrario...”.

¹²⁰ El art. 11 de la Propuesta de contratos de suministro también constituye una prueba de su falta de claridad cuando regula lo que denomina incumplimiento, pues centra ese incumplimiento en el art. 5 de la misma Propuesta que indica el destinatario de los contenidos digitales en su primera parte, y en la segunda parte se ocupa de señalar en qué momento hay que facilitar tales contenidos digitales. En consecuencia, para la Propuesta de contratos de suministro ese será el contenido del incumplimiento. Luego no está separando los vicios ocultos del incumplimiento, sino considerando que las «Formas de saneamiento por falta de conformidad con el contrato» del art. 12 de la Propuesta de contratos de suministro deben aplicarse a los «contenidos digitales». Luego tanto a bienes como a servicios reflejados en el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro. Insiste, por tanto, el legislador europeo en aplicar el «saneamiento» a los servicios previstos en el art. 2.1 de la Propuesta de contratos de suministro. Lo anterior respecto al texto articulado de la Propuesta de contratos de suministro. A ello hay que añadir su Considerando 35 cuando señala: «Si el proveedor no ha incumplido inicialmente el suministro de contenidos digitales, las interrupciones del suministro que causen que los contenidos

7. LA AUSENCIA DE DERECHOS DE TERCEROS

El art. 8 de la Propuesta de contratos de suministro señala la necesidad de que los contenidos digitales se encuentren libres de derechos de terceros cuando sean suministrados al consumidor¹²¹.

El pronunciamiento expreso acerca de la ausencia de derechos de terceros constituye una novedad frente al tenor literal del TRLGDCU que al regular la conformidad de los productos con el contrato no menciona los derechos de terceros¹²². Sin embargo, este aspecto de la ausencia de derechos de terceros sí la contempla nuestro Código civil (art. 1475, en sede de compraventa) lo cual constituye una prueba más de que toda esta problemática que gira en torno a la conformidad ni es novedosa, ni ha sido inventada por el legislador europeo, ni constituye algo absolutamente desconocido hasta ahora para el viejo texto del Código civil. Denominar conformidad a lo que son los

digitales no estén disponibles o accesibles para el consumidor en un breve periodo de tiempo deben tratarse como una no conformidad con el contrato, y no como un incumplimiento en el suministro» que quizá trataría de hacer valer el principio de conservación de los contratos, evitando la resolución. La interrupción breve del suministro no se califica de incumplimiento sino como falta de conformidad. En este Considerando 35 de la Propuesta de contratos de suministro se distingue la falta de conformidad del incumplimiento sin concretar más acerca del concepto que se está manejando de la falta de conformidad.

¹²¹ Art. 8 de la Propuesta de contratos de suministro: «En el momento en que los contenidos digitales se suministran al consumidor deben estar libres de derechos de terceros, incluidos los basados en propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato.- Cuando los contenidos digitales se suministren durante un periodo de tiempo, el proveedor mantendrá, durante dicho periodo, los contenidos digitales suministrados al consumidor libres de derechos de terceros, incluidos los relacionados con la propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato». También la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes regula la ausencia de derechos de terceros sobre los bienes matizando el momento en que esto debe tener lugar, art. 7 de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final, 2015/0288 (COD): «En el momento adecuado para establecer la conformidad con el contrato como se determina en el artículo 8, los bienes deben estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato». Sin embargo, en esta Propuesta de contratos de compraventa en línea el legislador europeo al remitirse a su art. 8 menciona la adquisición de «la posesión material de los bienes» como criterio para situar la conformidad y la ausencia de derechos de terceros. Frente a ello, la Propuesta de contratos de suministro refleja un tenor literal mucho más impreciso: «En el momento en que los contenidos digitales se suministran al consumidor...» es cuando tales contenidos digitales deben estar «libres de derechos de terceros».

¹²² Compruébese cómo la Convención de Viena menciona las «pretensiones de terceros» en la rúbrica que preside los artículos 35 y siguientes, regulando concretamente la cuestión en los artículos 41 y siguientes. En concreto, el art. 41 comienza diciendo: «El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones». Queda centrada la cuestión en torno al contrato de compraventa.

tradicionales vicios ocultos refleja únicamente un cambio terminológico que no afecta, ni debe hacerlo, a la noción histórica de los defectos ocultos.

De modo que la mención consistente en que en el contrato de suministro de contenidos digitales consistentes en productos no existan derechos de terceros tampoco puede afirmarse que constituya una novedad extraordinaria, pues esta cuestión ya la regula el Código civil. Ciertamente no se encuentra en el vigente TRLGDCU, pero no conviene olvidar que el art. 59.2 TRLGDCU señala el carácter supletorio del derecho común. Luego para el derecho vigente es aplicable el Código civil cuando regula la ausencia de derechos de terceros, aunque centrándose en el contrato de compraventa y no en el de servicios.

Si esta es la normativa actual en nuestro ordenamiento jurídico, no deja de resultar llamativo cómo la Propuesta de contratos de suministro en su Exposición de Motivos¹²³ califica la ausencia de derechos de terceros como «un requisito de conformidad adicional». Debería ser más claro el legislador europeo y reconocer que estos extremos ya existieron históricamente sin que se trate de aportaciones anteriormente desconocidas. Quizá lo que pretende decir con ello el legislador europeo es que el saneamiento por evicción, también conforme al tenor literal de nuestro Código civil en su art. 1475.3, está sometido a la autonomía de la voluntad («Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor»).

Y este extremo que en el contrato de compraventa ya viene regulado en el Código civil, sin embargo, no se contempla expresamente en el tenor literal del arrendamiento de servicios (art. 1544 C.c.)

Sin embargo, la Propuesta de contratos de suministro, al operar en el art. 8 con la noción de «contenidos digitales» cuyo concepto aclara en su art. 2.1, estaría extendiendo esa ausencia de derechos de terceros también a los contratos de servicios que describe en el citado art. 2.1. Todo ello salvo que, utilizando el Considerando 31¹²⁴

¹²³ Página 14 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de contratos de suministro.

¹²⁴ Se incluyen dentro de la noción de conformidad los defectos materiales y los defectos legales según se desprende del Considerando 31 de la Propuesta de contratos de suministro: «La conformidad debe cubrir los defectos materiales y los defectos legales. Los derechos de terceros pueden impedir efectivamente que el consumidor disfrute de los bienes digitales de acuerdo con el contrato si se produce una infracción de dichos derechos de terceros, y si el tercero obliga debidamente al proveedor a dejar de infringir dichos derechos y dejar de ofrecer los contenidos digitales en cuestión. Los defectos legales son especialmente importantes para los contenidos digitales que, por su naturaleza, están sujetos a derechos de propiedad intelectual. Por tanto, el proveedor estaría obligado a garantizar que los contenidos digitales están libres de cualquier derecho de un tercero, por ejemplo, una reclamación en concepto de derechos de autor en relación con los contenidos digitales en virtud del contrato». Obsérvese cómo este Considerando 31 está empleando una terminología muy concreta cuando utiliza el

de la Propuesta de contratos de suministro, interpretemos que en este extremo de la ausencia de derechos de terceros se está centrando únicamente en la venta de «bienes digitales».

Es posible detectar aquí, por tanto, nuevamente una falta de claridad acerca de este punto en la Propuesta de contratos de suministro.

8. CONCLUSIONES

El suministro de contenidos digitales parece manifestarse en la Propuesta de Directiva de 2015, o bien como venta o permuta de productos digitales, o bien como contrato de servicios en línea. La novedad de la Propuesta de Directiva parece consistir en extender la noción de conformidad a los servicios en ella contemplados para los que parece exigir una contraprestación, sin que puedan revestir carácter gratuito. Frente a ello, nuestro TRLGDCU cuando regula la garantía de los productos de consumo únicamente alude a los servicios de instalación en su art. 116.2 sin mencionar otros servicios.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002.

— *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, Volumen segundo, Barcelona, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Pamplona, 2015.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, «Exclusión del derecho de desistimiento en un contrato de suministro de televisión digital», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, publicación 6 marzo de 2015.

CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, publicación 3 octubre de 2014.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Separata I.

término «bienes». Al no citar a los servicios, quizá cabría pensar que se está ocupando de la venta de bienes.

DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Volumen segundo, Barcelona, 1995.

DÍAZ ALABART Y ÁLVAREZ MORENO, *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil*, Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU, Madrid, 2014.

FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.

GARCÍA CANTERO, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

— *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, Tomo XIX, Madrid, 1991.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Comentarios al Código civil*, Tomo II, Director: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Pamplona, 2013.

LÓPEZ MAZA, *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Pamplona, 2015.

LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, Tomo XIX, Madrid, 1991.

PEÑA LÓPEZ, *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2015.

SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1992.

SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo V, Vol. 1º, Madrid, 1990.

URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1987.

Fecha de recepción: 29.05.2018

Fecha de aceptación: 21.06.2018