

*Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?**

Goods and digital elements: two worlds apart?

1

Lidia Arnau Raventós

Profesora Agregada de Derecho civil

Universidad de Barcelona

E-mail: larnau@ub.edu

Resumen: Los bienes con elementos digitales sirven de hilo conductor para detectar las diferencias entre la Directiva (UE) 2019/770 y la Directiva (UE) 2019/771. Las diferencias entre una y otra norma sugieren si es posible integrar el régimen de los elementos digitales (Directiva (UE) 2019/770) con las reglas contenidas en la Directiva (UE) sobre compraventa.

Palabras clave: contrato de compraventa, contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, conformidad, bienes con elementos digitales.

* Trabajo realizado en el contexto de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado europeo y en el marco del Proyecto DER 2017-82129-P y del Grupo de investigación consolidado 2017 SGR 151.

Abstract: Goods with digital elements are a common thread to identify the differences between Directive (EU) 2019/770 and Directive (EU) 2019/771. These differences suggest the possibility of integrating the regime for digital elements (Directive (EU) 2019/770) with the rules contained on sales (Directive (EU) 2019/771).

Keywords: sale of goods, supply of digital content and digital services, conformity, goods with digital elements.

Sumario: 1. Introducción. 2. Algunos esquemas de contratación compleja en las Directivas (UE) 2019/771 y 2019/770. 2.1 La complejidad en el contrato único y en supuestos de contratos relacionados. 2.2. Los bienes con elementos digitales como bienes mixtos. 3. La aplicación de la Directiva (UE) 2019/771 a los bienes con elementos digitales. 3.1 Analogía *v.* uniformización. 3.1.1 Tipología contractual. 3.1.2 Alcance de la onerosidad del contrato. 3.1.3. El art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771. 3.1.4 La versión de los contenidos y servicios digitales. 3.1.5 Remedios: elenco, alcance y efectos. 3.1.6. Los plazos. 3.2 Bienes con elementos digitales y bienes sólo portadores: ¿idénticas reglas en materia de entrega e incumplimiento de la obligación de entregar? 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

El Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril ha incorporado al ordenamiento español, entre otras, la Directiva (UE) 2019/770, sobre contenidos y servicios digitales¹, y la Directiva (UE) 2019/771, sobre compraventa de bienes² (*Vid.* DF 7^a final, RD-Ley 7/2021). Esta incorporación se articula a través de la modificación del TRLGDCU³, que entrará en vigor en fecha de 1 de enero de 2022 (art. 16 y DF8^a d RD-Ley 7/2021).

¹ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE L 136, 22.5.2019).

² Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE L 136, de 22.5.2019).

³ RDL 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (varias veces modificado).

La DF 8ª d RD-Ley 7/2021 da a entender que solo los art. 126 y 126 bis TRLGDCU se aplicarán a los contratos concluidos a partir del 1 de enero de 2022, de forma que, *a contrario*, los restantes preceptos modificados sí cabría aplicarlos a contratos anteriores a esa fecha. La disposición debe contrastarse con los art. 24 de una y otra directiva, respectivamente. Conforme al art. 24.2 Directiva (UE) 2019/771, los Estados miembros no sólo “aplicarán dichas medidas a partir del 1 de enero de 2022” (art. 24.1 II Directiva (UE) 2019/771), sino que sólo pueden hacerlo a propósito de contratos celebrados a partir de esa fecha (art. 24.2 Directiva (UE) 2019/771). El art. 24.1 II Directiva (UE) 2019/770 también pospone la aplicación de las medidas internas de incorporación hasta el día 1 de enero de 2022 a propósito del suministro de contenidos y servicios digitales que tenga lugar a partir de aquella fecha aunque el contrato fuera de fecha anterior; la excepción son los art. 19 y 20, de cuya incorporación se ocupan los art. 126 y 126 bis TRLGDCU. Tratándose de un contrato de compraventa, aquellos parámetros temporales coherentes, a su vez, con el art. 23 Directiva (UE) 2019/771, que deroga la Directiva 99/44/CE con efectos a partir del día 1 de enero de 2022. Se colige de todo ello que el legislador español no ha incorporado el art. 24.2 Directiva (UE) 2019/771 (CÁMARA LAPUENTE, 2021, 9). Con todo, la aplicación de la nueva regulación a contratos de compraventa concluidos entre el 29 de abril de 2021 (esto es, un día después de la publicación del texto en el BOE núm. 101) y el 1 de enero de 2022 no implicará falta de conformidad con el Derecho europeo si las medidas nacionales resultantes de la reforma son conformes a la Directiva 99/44 (que es el texto europeo en vigor hasta el 1 de enero de 2022 y, por tanto, sigue siendo el referente para valorar aquella conformidad). De este modo, por ejemplo, la ampliación del plazo de garantía a 3 años a contar desde la entrega del bien (art. 120 TRLGDCU) no vulnera en modo alguno el art. 5.1 Directiva 99/44, toda vez que este texto es de armonización mínima (art. 8 Directiva 99/44).

Se trata, además, de una transposición formalmente integradora de ambas modalidades contractuales de forma que, huyendo de nichos normativos propios (concernientes, respectivamente, a la conformidad del bien vendido y a la del contenido o servicio digital), el Título IV del libro II TRLGDCU se declara aplicable a una y otra (art. 114 TRLGDCU), de manera que alguna de sus reglas se aplican por igual a “bienes” que a “contenidos o servicios digitales” (por ejemplo, art. 115, 115 *bis* y 115 *ter*) y, otras, distinguen en función del objeto contractual (véase, en este sentido, art. 119 *ter* 4 y 5). La coincidencia de regulaciones que, en muchos aspectos, presentan las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771 (EM IX 10 RD-Ley 7/2021)⁴ hace viable esta opción sistemática; aquella coincidencia, lógicamente, no es absoluta.

Focalizada la atención en los llamados “bienes con elementos digitales”, cuya definición, procedente de los art. 2.5 *b* Directiva (UE) 2019/771 y 2.3 Directiva (UE) 2019/770, aparece ahora literalmente incorporada al art. 59 *bis* 1 *a* TRLGDCU), la finalidad última de este comentario se sitúa en una fase previa a la del análisis de la adecuación del Derecho interno al europeo que, en este particular, ha optado por una

⁴ Se califican ambos textos de *twin directives* (VAN GOOL, E - MICHEL, A., 2019, 1). Considerando que la Directiva (UE) 2019/770 se limita a *modular* las reglas en materia de conformidad de los bienes objeto del contrato de compraventa, la decisión de presentar, formalmente, dos textos, se considera “discutible” y probablemente vinculada más a “causas políticas [...] que a causas técnicas”, en CÁMARA LAPUENTE, 2016, 11.

estrategia de armonización máxima (art. 4 Directiva (UE) 2019/770 y Directiva (UE) 2019/771, respectivamente). Ahora se trata, simplemente, de valorar las consecuencias que resultan de haber incluido los bienes con elementos digitales en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, descartándose, al menos, formalmente, la sujeción de tales elementos a las reglas de la Directiva (UE) 2019/770 (arts. 3.3 Directiva (UE) 2019/771 y 3.4 Directiva (UE) 2019/770). De ello resulta que, de entrada, se contempla un régimen diferenciado según el elemento digital se contrate en virtud de la compraventa del bien al que se incorpora o con el que se interconecta o, en cambio, su contratación se realice autónomamente. Interesa identificar tales diferencias y, si cabe, valorar su acierto.

2. Algunos esquemas de contratación compleja en las Directivas (UE) 2019/771 y 2019/770

Lo complejo trasciende de lo mixto. Esto último apela a la mezcla, que puede ser de obligaciones que aparecen mezcladas porque son de distinta naturaleza (así, de dar y de hacer), o de obligaciones del mismo tipo pero que recaen, respectivamente, sobre categorías distintas de acciones o bienes, como si coexisten, por ejemplo, una obligación de entregar un bien inmueble juntamente con otra consistente en entregar un bien mueble. Sin embargo, la complejidad y, por su causa, la necesidad de recabar reglas específicas que la contemplen podría apreciarse aún sin mezcla; el ejemplo, entre otros, lo propiciaría la obligación (única) de dar o hacer que recae, respectivamente, sobre una pluralidad bienes o servicios del mismo tipo. Formalmente, es a lo mixto a lo que alude el RD-Ley 7/2021 (EM IX 10) en un intento de dar razón de la utilidad adicional de la incorporación integradora de ambas directivas (“Este enfoque facilita que los supuestos mixtos [...] en los que el bien y el servicio contenido digital formen un conjunto funcionalmente inseparable [...]). Prescindiendo de si esta referencia lo es, solo, a los bienes con elementos digitales, lo que sí puede anticiparse que estos últimos devienen un exponente de bien mixto.

2.1 La complejidad en el contrato único y en supuestos de contratos relacionados

En un sentido muy amplio, apelar a la contratación *compleja* exige distinguir entre aquellos contextos en los que se ha celebrado un único contrato, de aquellos en los que

se ha concluido más de uno. Situados en el primer caso, y por razón del objeto contractual, cabe admitir la posibilidad de un objeto plural (a saber: más de un bien o más de un servicio) que, además, puede ser homogéneo o heterogéneo. La homogeneidad o heterogeneidad, en este esquema, estaría en función de la naturaleza o tipo de la obligación u obligaciones asumidas, esto es, según lo comprometido fueran prestaciones de una sola clase (de dar, hacer o no hacer) o una combinación o suma de unas u otras. La pluralidad homogénea aludiría al conjunto de bienes o servicios sobre el que se proyectaría la única o cada una de las obligaciones asumidas, que serían, todas ellas, del mismo tipo, homogéneas; admitiría dos variantes: la simple, como cuando se pacta la obligación de entregar varios bienes de la misma naturaleza; y la compleja, que la habría si, por ejemplo, la obligación de dar recayera sobre bienes de naturaleza distinta; en cualquier caso, se trataría de dar o entregar bienes y de ahí la homogeneidad, pese a la pluralidad de bienes, distintos o no entre sí. La heterogeneidad irrumpiría al asumirse, en virtud del mismo contrato, obligaciones de distinto tipo o naturaleza, así, a la vez, de dar y hacer. En este esquema la pluralidad de obligaciones resulta relevante en la medida en que son distinta naturaleza y, ello, porque es esta diferencia la que puede eventualmente provocar desencajes o descomposiciones de tipos contractuales. En el caso de concluirse varios contratos, cada uno de ellos puede presentar, lógicamente, aquella homogeneidad o heterogeneidad. La cuestión añadida que sugiere el supuesto de contratación plural es la concerniente a la posible relación o vinculación entre los distintos negocios otorgados.

Contrastar estos escenarios básicos con lo dispuesto en las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771 exige, en cualquier caso, tomar en consideración algunos datos, que aquí sólo se apuntan. En primer lugar y en cuanto a la pluralidad homogénea (simple o compleja), los arts. 7 *a* y 8.1 *b* Directiva (UE) 2019/770, y arts. 6 *a* y 7.1 *d* Directiva (UE) 2019/771 contemplan la cantidad como criterio, objetivo y subjetivo, de conformidad de los bienes y servicios o contenidos digitales con el contrato de compraventa o de suministro, respectivamente⁵. En segundo lugar, a propósito del deslinde entre el

⁵ Prevista la cantidad como un criterio de conformidad, la entrega de una cantidad inferior a la debida se configura como un supuesto de incumplimiento de la obligación de entregar un bien conforme y, no, propiamente, como un incumplimiento de la obligación de entregar (regulada en el art. 18 Directiva (UE)2011/83, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, en adelante, Directiva 2011/83/UE). Con todo, en el ámbito interno, nada excepciona la posibilidad de alegar, en caso de entrega parcial, el art. 1169 Código civil. El art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 avala esa posible alegación, *vid.* ARNAU RAVENTÓS, 2020, 85-86. *Vid.* arts. 115 *bis a*, 115

contrato único con pluralidad heterogénea (o generador de obligaciones de distinta naturaleza) y la pluralidad de contratos, las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771 solo aluden a la cuestión, lo hacen de forma no coincidente y, además, la Directiva (UE) 2019/771 muestra cierta contradicción, en este particular, con la Directiva 2011/83/UE. La Directiva (UE) 2019/770 sitúa la cuestión en el contexto del régimen jurídico aplicable; de este modo, si los contenidos o servicios digitales se han combinado con el suministro de otros bienes o servicios, ofreciéndose al consumidor “dentro del mismo contrato”, entonces: “[L]a presente Directiva debe aplicarse únicamente a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de contenidos o servicios digitales” (Cdo 33 Directiva (UE) 2019/770). Se diría que *a cada uno lo suyo*, recordando, a propósito de la contratación atípica, la teoría de la combinación. Se prescinde de calificar el “paquete”, evitándose que la calificación única del todo (así, como compraventa, como contrato de servicios, etc.) determine que todos los elementos del conjunto queden sujetos a las reglas resultantes de esta calificación. La perspectiva es otra en la Directiva (UE) 2019/771, según el Cdo 17 final: “[C]uando un contrato incluya elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva” (cursiva añadida). La óptica es la de la calificación jurídica del negocio que conlleva, como efecto, la sujeción de todo él a un único régimen jurídico. En este contexto, cabe destacar, frente al tono imperativo del Cdo 33 Directiva (UE) 2019/770 y al efecto vinculante del art. 3.6 Directiva (UE) 2019/770, la libertad que resulta del Cdo 17 Directiva (UE) 2019/771 en cuanto al modo de proceder en estos casos de contratación compleja avalando, por qué no, que el Derecho nacional opte por prescindir de una calificación única, sujetando entonces los distintos elementos a regímenes distintos; lo que el Cdo 17 Directiva (UE) 2019/771 en ningún caso legitimaría sería prescindir de la calificación de compraventa en relación, como mínimo, de los elementos propios de este contrato. En este particular, resulta también destacable el contraste entre los Cdo 17 y art. 2.1 Directiva (UE) 2019/771 y el art. 2.5 Directiva 2011/83/UE. La definición que proporciona este último de “contrato de compraventa” sería un exponente de la heterogeneidad aludida y ello porque el (único) contrato de compraventa puede comprender, a cargo del vendedor, prestaciones de distinta naturaleza sin alterarse, por

ter 1 d y 119 ter 3 TRLGDCU a propósito de la cantidad como criterio de conformidad y la resolución por entrega o suministro parcial.

ello, el tipo contractual (“...incluido *cualquier* contrato que tenga por objeto tanto bienes como servicios”). La cursiva es añadida, para destacar la intensidad de la *vis atractiva* del tipo compraventa, que se ejerce sobre cualquier contrato, prescindiendo de parámetros como el valor económico de los bienes y el de los servicios o la relación (de complementariedad, accesoriadad, etc.) que pueda mediar entre ambos.

La definición del contrato de compraventa procede de la reforma del precepto llevada a cabo por el art. 4 de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, de modernización de las normas de protección de los consumidores. La versión anterior del precepto quizás resultaba, en este particular, más claro: “...con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios”.

Siendo ello así, baste señalar que la definición incorporada al art. 59 *bis* RDL 1/2007 se inspira más en el art. 2.5 Directiva 2011/83/UE (que, de hecho, sería el precepto incorporado al ordenamiento español) que en el art. 2.1 Directiva (UE) 2019/771. El dato que lo confirma es que el art. 59 TRLGDCU no alude para nada al precio, como también ocurre en el art. 2.5 (modificado) Directiva 2011/83/UE; en cambio, este elemento sí está presente en el art. 2.1 Directiva (UE) 2019/771 y lo estaba en la definición original del art. 2.5 Directiva 2011/83/UE.

Tampoco se acaba de entender por qué se mantiene, en la definición de compraventa, la disyuntiva “transmite o se compromete a transmitir”, que tiene sentido desde la óptica de un legislador europeo que se dirige a ordenamientos nacionales con distintos sistemas de adquisición de los derechos reales pero que, en cambio, no casa bien con el sistema español basado en la eficacia obligacional del contrato de compraventa y un sistema de adquisición en virtud de título y modo.

El art. 114.3 RDL 1/2007 incorpora lo dispuesto en el Cdo 33 Directiva (UE) 2019/770, al final, y art. 3.6 II Directiva (UE) 2019/770, en cuanto a la excepcional no sujeción de los servicios o contenidos digitales a la Directiva (UE) 2019/770 cuando se incluyan en un paquete junto con un servicio de comunicaciones interpersonales basado en números o un servicio de acceso a internet.

A propósito de contratos distintos, relacionados de algún modo, el Cdo 34 Directiva (UE) 770/2019 remite al derecho nacional: en primer lugar, la determinación de las circunstancias en cuya virtud el contrato de suministro de contenidos puede considerarse accesorio o vinculado a otro contrato. En segundo lugar, la determinación de las medidas correctoras que puedan exigirse en cada caso, teniendo en cuenta que la eventual configuración del contrato de suministro de elementos digitales como contrato

accesorio de otro no puede, en ningún caso, desviar y excepcionar la aplicación de las medidas previstas en la Directiva (UE) 2019/770 a los elementos digitales no conformes; en este sentido, el articulado de la Directiva (UE) 2019/770 no distingue en función de si el contrato de suministro es principal o accesorio (ARNAU RAVENTÓS, 2020, 99). Finalmente, el derecho nacional también puede establecer los efectos que puede generar la terminación de uno de los contratos en el otro. En el contexto de la relación o vinculación entre contratos, el RD-Ley 7/2021 no modifica la definición contenida en el art. 59 *bis* 1 *e* TRLGDCU de “contrato complementario”, según la cual en virtud de un negocio de este tipo se contratan bienes o servicios, no sólo relacionados con otro contrato (art. 2.15 Directiva 2011/83/UE), sino sobre la base de este último. El art. 15 Directiva 2011/83/UE vincula el ejercicio del derecho de desistimiento del contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil a la resolución de los contratos complementarios (art. 77 TRLGDCU).

2.2. Los bienes con elementos digitales como bienes mixtos

En un sentido aún más amplio el carácter mixto o complejo del contrato puede obedecer, de hecho, a la naturaleza mixta *del* único bien o de la única conducta que, respectivamente, deba entregarse o realizarse con carácter principal⁶. En el contexto de las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771 comparten esta configuración los llamados bienes con elementos digitales (art. 2.5 *b*, art. 3.3 y Cdo 10, 13 final, 14-16 Directiva (UE) 2019/771 y art. 2.3, art. 3.4 y Cdos 21-22 Directiva (UE) 2019/770) y los bienes exclusivamente portadores de contenidos digitales (art. 3.3 y Cdo 20 Directiva (UE) 2019/770). Estos últimos se rigen por la Directiva (UE) 2019/770. A los primeros, definidos en el art. 2.5 *b* Directiva (UE) 2019/771, les resulta de aplicación la Directiva (UE) 2019/771 siempre que concurren las circunstancias del art. 3.3 Directiva (UE) 2019/771.

La idea de acompañamiento que inspira la categoría de bien *con* elemento digital se concreta en dos variantes: la incorporación del componente digital en el material o

⁶ Alude a “[M]ulti-party situations”, SEIN, 2020, 1. La expresión es “*produits hybrides*” en MANKO, 2016, 20. Por lo demás, la reconducción de estos supuestos hacia una única categoría (que apela, a su vez, a un único bien) excluye su configuración a modo de bien (tangible) principal y elemento (digital) accesorio. La idea de único bien pero compuesto tampoco es nueva en el contexto de Derecho europeo (art. 9.2 *b* *ii* Directiva 2011/83/UE, que contempla bienes compuestos por múltiples componentes).

tangible y la interconexión entre ambos: “[...] todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos digitales o esté *interconectados* con ellos [...]” (art. 2.5 *b* Directiva (UE) 2019/771 (cursiva añadida). El requisito conceptual añadido alude a la funcionalidad del bien, supeditada al componente digital, “[...] de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizaran sus funciones” (art. 2.5 *b* Directiva (UE) 2019/771).

El Cdo 11, al final, Propuesta de Directiva (COM (2015) 634 final) dejaba al margen de la regulación los contenidos digitales insertados en bienes que operasen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes; luego, a contrario, la Propuesta no excluía ni los elementos solo interconectados al bien, ni los elementos vinculados a sus funciones accesorias o secundarias (KALAMEES, P. - SEIN, K., 2019, 15).

La aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, también al componente digital, requiere que su suministro se contrate en virtud del mismo contrato de compraventa, aunque la prestación deba realizarla un tercero. En caso de duda, debe presumirse que el suministro forma parte del contrato de compraventa relativo al bien (Cdo 15, art. 3.3 final Directiva (UE) 2019/771).

El art. 59 *bis* 1 *a* TRLGDCU incorpora la definición de bienes con elementos digitales. El art. 114 TRLGDCU matiza que el contrato de suministro de contenidos digitales incluye aquél que tiene por objeto la entrega de soportes materiales que sirven al fin exclusivo de transportar elementos de aquel tipo o clase. El precepto nada añade a propósito de los bienes con elementos digitales; en este contexto, dado que no se excluyen, cabe entender que su suministro se rige por las reglas del contrato de compraventa. Tampoco se ha incorporado la presunción del art. 3.3, al final Directiva (UE) 2019/771.

La sujeción de tal tipo de bienes a la Directiva (UE) 2019/771 implica que las faltas de conformidad del componente digital se rigen por lo dispuesto en este texto y no, pese a tratarse de un contenido o servicio digital, por la Directiva (UE) 2019/770. El art. 3.3 Directiva (UE) 2019/771 casa con el art. 3.4 Directiva (UE) 2019/770 y ambos hacen innecesario recurrir al art. 3.6 Directiva (UE) 2019/770 a fin de mantener aquellas faltas de conformidad al margen de este último texto.

3. La aplicación de la Directiva (UE) 2019/771 a los bienes con elementos digitales

El sentido último de la reconducción de los bienes mixtos hacia una u otra regulación debe hallarse en el régimen jurídico que, en último término, se acabe aplicando a unos y otros. La similitud que, con carácter general, se aprecia entre las Directiva (UE)

2019/771 y 2019/770 hace dudar, en principio, de la consistencia de la estrategia europea. En este contexto, además, no pueden obviarse las reglas específicas que impone la Directiva (UE) 2019/771 para el caso, solo, de compraventa de bienes con elementos digitales; reglas que, a modo de conclusión provisional (si es que para lo que sirven es para acercarse, aún más, a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/770), coadyuvarían también a debilitar aquella coherencia. Pero lo harían sólo aparentemente. Y es que más allá de la similitud que pueda apreciarse entre el régimen de los elementos digitales interconectados o incorporados al bien y el de los contenidos y servicios digitales contratados autónomamente (aunque sea para después proceder a aquellas interconexión o incorporación), no puede pasar por alto, por ejemplo, que sólo en el primer caso las faltas de conformidad que afecten o deriven del bien pueden acabar sin duda repercutiendo en el elemento digital (que, en sí mismo, puede resultar plenamente conforme). Lo muestra muy claramente, por ejemplo, el remedio contractual más incisivo; así, la falta de conformidad por causa del componente material del bien con elemento digital puede determinar la ineficacia (total) del contrato (y a la inversa: la falta de conformidad del elemento digital puede acarrear el mismo efecto aunque el componente material sea, en sí mismo, impecable); el contenido o servicio digital no se verá afectado, en cambio, si fue contratado autónomamente, es decir, antes, después o incluso coetáneamente al contrato de compraventa pero, en cualquier caso, en virtud de un negocio *distinto* y a pesar de que se concluyera con vistas a incorporar o interconectar el elemento digital al bien. La repercusión que pueda tener la resolución del contrato de compraventa en el contrato de suministro de elementos digitales acabará dependiendo del vínculo o relación que, en su caso, medie entre ambos negocios.

3.1 Analogía v. uniformización

Los bienes mixtos desmienten que la Directiva (UE) 2019/770 se aplique solo a contenidos y servicios digitales (Cdo 20 Directiva (UE) 2019/770 (“[...] la presente Directiva debe aplicarse asimismo a contenidos digitales suministrados en un soporte material [...] así como al soporte material propiamente dicho”) y que la Directiva (UE) 2019/771 contemple únicamente bienes muebles tangibles. Lógicamente, ello no obsta para que los elementos digitales conformen el ámbito objetivo de aplicación principal de la Directiva (UE) 2019/770 y que los bienes muebles materiales o tangibles ocupen ese mismo espacio en la Directiva (UE) 2019/771. Y es desde esta última perspectiva que

deberían poder justificarse al menos algunas de las diferencias que resultan de uno y otro texto. Estas diferencias, sin embargo, suscitan una cuestión adicional, que sólo se anuncia: focalizada en aquellos aspectos que, previstos en uno de los textos, no se contemplan en el otro, consiste en determinar si cabe la aplicación analógica o si, por el contrario, la armonización plena veta este mecanismo de integración.

3.1.1 Tipología contractual

Mientras que la Directiva (UE) 2019/771 resulta aplicable al contrato típico de compraventa (art. 2.1 Directiva (UE) 2019/771), la Directiva (UE) 2019/770 no tipifica ninguna modalidad contractual concreta, limitándose a establecer determinadas reglas a las que deberán sujetarse los contratos (del tipo que sea, según el Derecho nacional; Cdo 12), que presenten un objeto contractual integrado, como mínimo, por la prestación consistente en suministrar contenidos y/o servicios digitales a cambio de un precio en dinero o de autorizar el uso de datos personales (art. 3 Directiva (UE) 2019/770) (sobre la importancia de esas reglas a propósito de la conformidad de los servicios, SCHULZE, 2017, 142). El contraste entre uno y otro supuesto sugiere preguntarse por las normas que deberían aplicarse si se cede solo el uso de un bien con elemento digital a cambio de precio (piénsese, por ejemplo, en el alquiler de las llamadas bicicletas inteligentes). La falta de transmisión de la propiedad sitúa el negocio al margen de la Directiva (UE) 2019/771; en cambio, se diría que sí que concurren los índices tipificadores del régimen general que provee la Directiva (UE) 2019/770, esto es: suministro de elementos digitales y causa onerosa. Se suma a ellos la cesión del uso del componente material del bien. El escenario resultante encaja con los supuestos de contratación compleja anticipados en el Cdo 33 Directiva (UE) 2019/770, que ordena someter al texto aquella parte de la prestación consistente en el suministro de contenidos y servicios digitales. La conclusión que se alcanza es, por tanto, la sujeción del bien con elemento digital a la Directiva (UE) 2019/771 en aquellos casos en que dicho bien se compre y, si sólo se contrata la cesión de su uso, la sujeción, únicamente, del elemento digital a la Directiva (UE) 2019/770.

3.1.2 Alcance de la onerosidad del contrato

El art. 2 Directiva (UE) 2019/771 no define la voz precio pese a aludirse a ella a propósito de la definición de contrato de compraventa. Si lo hace el art. 2.7 Directiva (UE) 2019/770 (“el dinero o una representación digital de valor”), en el bien entendido que la Directiva (UE) 2019/770 también resulta aplicable, ya se ha indicado, a los contratos de suministro en virtud de los que el consumidor autorice o se obligue a autorizar el uso datos personales en los términos del art. 3.1 II Directiva (UE) 2019/770 (Cdo 24 Directiva (UE) 2019/770).

12

El precepto exige, en cualquier caso, de la existencia de un contrato. La existencia y validez de los contratos son extremos no uniformizados por la Directiva (UE) 2019/770 (art. 3.10; METZGER, 2020, 125).

Los datos personales dan razón de algunas reglas específicas: por una parte, y por definición, no cabrá solicitar la rebaja del precio porque, estrictamente, no lo habrá (art. 2.7), pero sí podrá instarse la resolución del contrato aunque la falta de conformidad sea leve (art. 14.5 al final; art. 119 *ter*, 2 TRLGDCU); en segundo lugar, resuelto el contrato, deberá procederse conforme señala el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales (CAMARA LAPUENTE, 2020, 844 y 845).

En el contexto de la Directiva (UE) 2019/771 no se contempla, ni siquiera a propósito de los bienes con elementos digitales, una contraprestación consistente exclusiva o parcialmente en datos personales.

3.1.3. El art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771

El art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 legitima a los Estados, en caso de compraventa de bienes, a fin de que permitan a los consumidores elegir una medida correctora concreta si la falta de conformidad se manifiesta en un plazo no superior a 30 días después de la entrega. El precepto comprende la compraventa de bienes con elementos digitales.

La manera de proceder del legislador europeo, a propósito de la compraventa de bienes con elementos digitales y a los fines de delimitar las reglas que conforman su régimen jurídico, discurre entre normas especiales que precisan, modifican o se suman a la regla general (art. 10.2

y 11.3 Directiva (UE) 2019/771) o se limitan simplemente a confirmar que la regla general también es aplicable en caso de bienes con elementos digitales (art. 10.1 y 11.1 Directiva (UE) 2019/771). Lo relevante es que, en cualquier caso, las normas que contemplan, sin más, la compraventa de un bien simple, se aplican también a la compraventa de bienes con elementos digitales (“[A] *smart good is still a good, even if it’s Smart*”, SEIN, K., 2020, 2).

Dado que el art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 no distingue, aquella legitimación alcanza tanto al mantenimiento como a la introducción *ex novo* en los ordenamientos internos de normas relativas a la falta de conformidad manifestada durante los treinta días siguientes a la entrega; estos treinta días funcionan a modo de plazo de garantía; nada dice el precepto acerca del plazo para elegir la medida correctora concreta. El art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 cobra especial sentido si por medida correctora se entiende, no sólo las medidas obligacionales (es decir, las propiamente correctoras o subsanadoras de la falta de conformidad) sino también los remedios contractuales que, estrictamente, no corrigen nada (encaja con que el precepto se inspire en la facultad de rechazo (“reject”) del bien no conforme prevista en la *Consumer Right Act* 2015, Secciones 19(3), 20 y 22, LILLEHOLT, 2019, 5). La razón es que, en principio, la sola referencia a los primeros revelaría la inutilidad del precepto toda vez que la norma general ya es, en la propia Directiva, la de la libre elección, por parte del consumidor, entre la reparación o la sustitución siempre que la falta de conformidad, presente en el momento de la entrega, se manifieste durante el llamado plazo de garantía (art. 13.1 Directiva (UE) 2019/771).

No hay norma correlativa en la Directiva (UE) 2019/770. De haberla, o de entenderse que igualmente puede regir ¿por analogía? a propósito de los contratos de suministro, su incidencia podría ser incluso mayor que la desplegada en el contexto de la Directiva (UE) 2019/771. El motivo es que poder elegir una medida correctora concreta supone ampliar el ámbito decisorio que el art. 14.1 Directiva (UE) 2019/770 reconoce al consumidor; este precepto simplemente permite exigir al empresario que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, pero sin poder imponer cómo proceder a dicha subsanación.

El Cdo 63 Directiva (UE) 2019/770 atribuye al profesional la elección de la manera concreta de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad; esta decisión debería depender, en principio, de las características técnicas de los contenidos o servicios digitales (art. 118.2 TRLGDCU, meramente reconociendo al consumidor el derecho a exigir que sean puestos en conformidad).

El art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 también mantiene fuera de la uniformización las normas internas de alcance general (o no reservadas para los contratos con consumidores) que permiten al comprador reaccionar en caso de vicios ocultos.

Normas que, por supuesto, pueden conceder al consumidor medidas adicionales a las que resultan de la Directiva (UE) 2019/771; lo que el art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 en ningún caso permite es que, con el argumento de la existencia de tales normas generales, se niegue al consumidor la posibilidad de recurrir a los remedios previstos en la propia Directiva (insisten en ello GSELL, B. - ARALDI, R., 2020, 480). El art. 116 TRLGDCU reproduce los términos de la regla contenida (antes de la reforma) en el art. 117 TRLGDCU; la idea de incompatibilidad de acciones veta el ejercicio concurrente y a título principal de acciones procedentes del Código civil y de acciones derivadas del TRLGDCU; a la luz del art. 3.7 Directiva (UE) 2019/771 (sin precedente en la Directiva 99/44), si el legislador hubiese querido cerrar el acceso al consumidor a los art. 1484 y ss Código civil, debería haber sido más explícito.

Con mayor razón se mantienen fuera del ámbito armonizado las normas internas generales en materia de incumplimiento y a las que, en su caso, deberían poder recurrir también los consumidores en caso de incumplimiento del contrato de compraventa o de suministro de contenidos o servicios digitales.

3.1.4 La versión de los contenidos y servicios digitales

A propósito de los criterios de conformidad, las diferencias apreciables entre, por una parte, los arts. 7 y 8.1 Directiva (UE) 2019/770 y, por otra, los arts. 6 y 7.1 Directiva (UE) 2019/771 o bien implican concretar, en más o en menos, algún criterio de conformidad, o bien parecen ser solo el resultado de adaptar, terminológicamente, alguno de los parámetros a la naturaleza digital de los contenidos y servicios implicados en la Directiva (UE) 2019/770. Baste mencionar, en cuanto a lo primero, el art. 8 *b* Directiva (UE) 2019/770, alusivo a la accesibilidad y a la continuidad de los contenidos y servicios digitales; se trata de menciones que no aparecen en el art. 7.1 *d* Directiva (UE) 2019/771 aunque, en caso de compraventa de bienes con elementos digitales, es razonable concebir tales parámetros como normales en bienes de este tipo, naturaleza o composición. Por otra parte, la característica de la durabilidad del art. 7.1 *d* Directiva (UE) 2019/771, ausente en el art. 8.1 *b* Directiva (UE) 2019/770, se explicaría, de entrada, por razón de la naturaleza tangible de los bienes y se vincularía con la idea de sostenibilidad y economía circular (Cdo 32 Directiva (UE) 2019/771); sin embargo, estrictamente, definido el parámetro como la “capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento obligatorios en condiciones normales de utilización” (Cdo 32

Directiva (UE) 2019/771) debería ser posible también predicarla de elementos digitales (TWIGG-FLESNER, 2020, 75).

Por otra parte, nótese que la durabilidad se menciona sólo como criterio objetivo en el art. 7 Directiva (UE) 2019/771 y no aparece en el art. 6. Ocurre lo mismo, pero a la inversa, con la interoperabilidad, prevista en los art. 7 *a* Directiva (UE) 2019/770 y 6 *a* Directiva (UE) 2019/771 y no mencionada en el art. 8 Directiva (UE) 2019/770 ni en el art. 7 2019/771 (entiende que tales omisiones no son deliberadas, VAN GOOL, E- MICHEL, A., 2019, 6).

Por lo demás, dado que el art. 8 *c* Directiva (UE) 2019/770 alude a las instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar, sin distinguir, no tiene mayor trascendencia la ausencia del matiz “de instalación o de otro tipo”, que incorpora el art. 7.1 *c* Directiva (UE) 2019/771. A la inversa sucede con la “asistencia”, prevista en el art. 7 *c* Directiva (UE) 2019/770 y, en cambio, no mencionada en el art. 6 Directiva (UE) 2019/771; en este caso, sin embargo, dado que se trata de un requisito subjetivo, qué duda cabe que, si se pacta, también deberá prestarse la asistencia comprometida en caso de compraventa de bienes, sea o no con elementos digitales. Por su parte, el art. 7.1 *d* Directiva (UE) 2019/771 también resulta aclaratorio al incluir, entre las personas que han intervenido en fases previas de la cadena de transacciones, al productor; no hay inciso correlativo en la Directiva (UE) 2019/770.

La redacción del art. 8.1 *d* Directiva (UE) 2019/770 (al aludir a la versión de prueba o vista previa) sería el equivalente a la muestra o modelo del art. 7.1 *b* Directiva (UE) 2019/771. El art. 8.6 Directiva (UE) 2019/770, sin equivalente en la Directiva (UE) 2019/771, alude nuevamente a la versión de los contenidos y servicios digitales a fin de señalar que, salvo que las partes hubieran acordado otra cosa (pacto que nos situaría en el contexto del art. 7 Directiva (UE) 2019/770, relativo a los criterios subjetivos de conformidad), deberán suministrarse de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la conclusión del contrato.

Vid., a propósito de la “versión” como elemento subjetivo de conformidad, art. 6 *a* Propuesta de Directiva (COM [2015] 624 final). En este texto inicial, no se aludía a la “versión de prueba o vista previa” que se hubiese facilitado al consumidor (cfr. art. 8.1 *d* Directiva (UE) 2019/770); sí se hacía, en cambio, a la exigencia de facilitar la versión más reciente que estuviera disponible al tiempo de celebrar el contrato (*vid.* art. 6.4 Propuesta y CAMARA LAPUENTE, 2016, 30 y 31, que destacaba que el precepto no alcanzaba a imponer al suministrador la obligación/deber de informar de la inminente aparición de una nueva versión).

Al margen de si rige la misma exigencia en caso de compraventa de bienes con elementos digitales, el precepto plantea la cuestión previa de su compatibilidad con el propio art. 8.1 *d* Directiva (UE) 2019/770: si la versión de prueba no es la más reciente ¿dicha versión no regirá como criterio de conformidad por no ser la última disponible? o, dado que fue la que se mostró al consumidor antes de contratar ¿no habrá falta de conformidad pese a no ser la más reciente? (art. 115 *ter* 1 *b* y 6 TRLGDCU).

3.1.5 Remedios: *elenco, alcance y efectos*

Los art. 14 Directiva (UE) 2019/770 y art. 13 Directiva (UE) 2019/771 coinciden en la rúbrica: Medidas correctoras por falta de conformidad.

A propósito de la responsabilidad del profesional por la falta de conformidad de la prestación satisfecha, en la Directiva (UE) 2019/770 no hay precepto equivalente al art. 13.7 Directiva (UE) 2019/771. Este último puede resultar especialmente relevante en caso de compraventa de bien futuro (sea o no con elemento digital, art. 3.2 Directiva (UE) 2019/771) que, por ejemplo, deba elaborarse o fabricarse siguiendo las instrucciones o empleando el material facilitado por el consumidor (argumento, ex art. 2.3 Directiva 1999/44/CE). Nótese que el art. 3.2 Directiva (UE) 2019/770 declara expresamente comprendidos en su ámbito de aplicación los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que deban desarrollarse de conformidad con las especificaciones del consumidor. Por su parte, el art. 12.4 Directiva (UE) 2019/770 solo invierte las reglas sobre la carga de la prueba previstas en el art. 12.2 y 3 Directiva (UE) 2019/770 en aquellos supuestos en los que el entorno digital del consumidor no resulta compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales.

Estrictamente, la idea de corrección o subsanación (o puesta en conformidad) sólo se implementa en caso de medidas obligacionales; con la reducción del precio o la resolución del contrato es evidente que nada se corrige. Aquellas medidas se concretan, en la Directiva (UE) 2019/771, en la reparación del bien y en su sustitución. La idea de alternatividad (“[...] en comparación con la otra medida correctora [...]”, art. 13.2 Directiva (UE) 2019/771; “si se podría proporcionar la medida correctora alternativa [...]”, art. 13.2 *c* Directiva (UE) 2019/771) no implica necesariamente descartar una noción amplia de reparación, alusiva a cualquier actuación tendente a “poner el bien [...] en un estado que sea conforme al contrato” (art. 1.2 *f* Directiva 99/44). En el contexto de la Directiva (UE) 2019/771, esta amplitud resulta especialmente adecuada en dos contextos. El primero alcanzaría aquellas actuaciones correctoras que, en cambio, no precisan ni implican incidir directamente sobre el bien no conforme entregado; más que reparar el bien, se trataría de reparar la falta de conformidad (por ejemplo, entregando la parte no entregada en caso de entrega solo parcial o de solo

algunos de los bienes comprados, o de entrega del bien, pero no de todos sus accesorios. El segundo irrumpe, en caso de compraventa de bien con elemento digital, si es este (el digital) el componente no conforme. En este contexto, la reparación debe abarcar cualquier medida idónea, atendida la naturaleza no material del elemento no conforme, a fin de ponerlo en estado de ser conforme al contrato. Nótese, en este particular, que el art. 14 Directiva (UE) 2019/770 no tipifica o cualifica medidas concretas. Ciertamente, en el contexto de la Directiva (UE) 2019/771, cabría hablar, en un sentido amplísimo, de reparación del bien en aquellos casos en qué, siendo únicamente el componente digital el no conforme, su conformidad se ha alcanzado finalmente facilitando al consumidor una nueva copia, una actualización. Vista la definición amplia de reparación contenida en la Directiva 99/44/CE, quizás también se hubiera podido emplear dicho término en el contexto de la Directiva (UE) 2019/770 evitándose, de este modo, el contraste entre la generalidad de la puesta en conformidad de su art. 14.1 y la mayor concreción que, frente a ella, parece que comportan la reparación o la sustitución del art. 13.2 Directiva (UE) 2019/771. Por lo demás, no sólo la falta de conformidad del bien con elemento digital puede justificar la suspensión del pago del precio, sea cual sea el componente no conforme (art. 13.6 Directiva (UE) 2019/771), sino que dicha inexigibilidad también puede obedecer a la falta de conformidad del contenido o servicio digital suministrado; en este particular, la Directiva (UE) 2019/770 también se remite a lo que disponga el Derecho interno (Cdo 15 Directiva (UE) 2019/770).

A propósito de la indemnización por daños y perjuicios, el Cdo 73 Directiva (UE) 2019/770 y el Cdo 61 Directiva (UE) 2019/771 aluden a la preexistencia, en los Derechos internos, del derecho a solicitarla. De algún modo, el legislador europeo asume que la uniformización pretendida en este particular, que alcanzaría sólo a la existencia del derecho a obtener una indemnización, pero no a sus condiciones o requisitos de ejercicio, a criterio de la legislación nacional, ya existe y, por tanto, no es necesario imponerla.

La remisión a la legislación nacional en materia de suspensión alcanza, en otros aspectos, a sus posibles modalidades (art. 13.6 Directiva (UE) 2019/771) que, entre otras, pueden ser la suspensión total y la suspensión parcial del precio. La idea de parcialidad aparece explícitamente en el art. 16.2 Directiva (UE) 2019/771, relativo a la resolución en caso de compraventa de varios bienes (art. 6 a Directiva (UE) 2019/771), alguno o algunos de los cuales no son conformes. La trascendencia de la norma estriba: en primer lugar, en legitimar al consumidor a resolver parcialmente el contrato (o en relación sólo con determinados bienes) aun cuando pudiera resolverlo en relación al todo o íntegramente; en segundo lugar, en permitir la resolución parcial inmediata (al

amparo del art. 13.4 c Directiva (UE) 2019/771) en aquellos casos en que, tratándose de una falta de conformidad grave en relación con el bien no conforme, no es posible apreciar tal gravedad desde la óptica del conjunto (o de todos los bienes comprados); en tercer lugar, en permitir que la resolución parcial se proyecte, no sólo sobre el bien no conforme, sino también sobre cualesquiera otros bienes que el consumidor hubiera adquirido junto con los bienes no conformes si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes (ARNAU RAVENTÓS, 2020, 90 ss.). A propósito de los elementos digitales, el art. 16.2 Directiva (UE) 2019/771 (art. 119 *ter* 3 TRLGDCU) sugiere, de forma inmediata, dos reflexiones. La primera, relativa a la compraventa de un bien con elemento digital, es que la composición plural del bien evita, precisamente, hablar en estos casos pluralidad de bienes, como si lo fueran o así pudieran tratarse, respectivamente, el componente material y el digital; esta configuración sitúa el supuesto al margen del art. 16.2 Directiva (UE) 2019/771 de forma que, por ejemplo, en caso de falta de conformidad por razón del componente digital, la resolución inmediata por causa de gravedad sólo procederá si la gravedad se aprecia considerando íntegramente el bien. La segunda reflexión pasa por confirmar la ausencia de una norma igual o similar en la Directiva (UE) 2019/770 siendo así que, en cambio, en este texto la cantidad también irrumpe como criterio, subjetivo y objetivo, de conformidad (art. 7 a y 8.1 b Directiva (UE) 2019/770).

El régimen asociado a la ineficacia por causa de resolución contractual tampoco coincide. En el contexto de la Directiva (UE) 2019/770 procede distinguir entre la restitución de todos los importes pagados (art. 16.1 y 18 Directiva (UE) 2019/770) y los efectos en cuanto a los contenidos y servicios digitales. La exigibilidad y manera de restituir aquellos importes se regulan en el art. 18 Directiva (UE) 2019/770, aplicable también en caso de reducción del precio y de resolución por causa de modificación contractual (art. 19.3 Directiva (UE) 2019/770). Aquella restitución será exigible tan pronto se perfeccione la declaración de voluntad a través de la que el consumidor ejercite su facultad de reducir el precio o resolver el contrato. Del art. 18.1 Directiva (UE) 2019/770 se colige que no sólo la resolución se ejerce a través de una declaración de voluntad recepticia (art. 15), sino que es éste también el modo de hacer uso de la facultad de reducir el precio. El empresario deberá proceder a la restitución, utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor (art. 18.2 Directiva (UE)

2019/770) sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de catorce días a partir del momento en que es informado de la decisión del consumidor.

En la Directiva (UE) 2019/771 varía el momento determinante de la exigibilidad del reembolso, que no se vincula sólo al conocimiento de la decisión de resolver, sino a la recepción o prueba de devolución de los bienes (que no los hay en el contexto de la Directiva (UE) 2019/770, salvo en caso de bien portador) (art. 16.3 *b* Directiva (UE) 2019/771). Además, nada se dice acerca del plazo (ni siquiera máximo) para reembolsar. Lo cierto es que tampoco se impone al consumidor, que es quien resuelve, un plazo para devolver los bienes. Con todo, en aplicación de un criterio lógico, decaído el contrato por resolución (“Cuando el consumidor resuelva un contrato de compraventa [...]”, art. 16.3 Directiva (UE) 2019/771), decae también aquello que sustentaba la tenencia del bien y, de ahí que, a falta de una regla especial, debe abogarse por interpretar la regla general (“el consumidor restituirá al vendedor, a expensas de este último, los bienes, art. 16.3 *a* Directiva (UE) 2019/771) entendiéndose que la devolución del bien es exigible desde que se resuelve.

Supeditando también el reembolso del precio a la devolución del bien en caso de desistimiento, el art. 13 Directiva 2011/83/UE y el art. 119 *quater* 1 TRLGDCU, que aplica también el plazo máximo de catorce días a propósito de la resolución del contrato de compraventa y subsiguiente obligación de reembolso.

A propósito de las modalidades de reembolso, el art. 16.3 final Directiva (UE) 2019/771 remite al Derecho interno (Cdo 60 Directiva (UE) 2019/771). En este contexto no sorprende que en la Directiva (UE) 2019/771, a diferencia de lo que sucede en la Directiva (UE) 2019/770, las reglas relativas al reembolso de los importes satisfechos por el consumidor no se declaren aplicables en caso de reducción del precio ya que, en este caso, no se procede a la devolución del bien no conforme y, por tanto, no tendría sentido que dicha devolución determinara la exigibilidad de la obligación de reembolso. Por lo demás, mientras que el art. 17.3 Directiva (UE) 2019/770 impide reclamar al consumidor por cualquier uso realizado de los elementos digitales durante el periodo previo a la resolución y durante el cual los contenidos o servicios no fueron conformes, el art. 14.4 Directiva (UE) 2019/771 obsta también a toda reclamación por el uso normal (es decir, el uso acorde con la índole y finalidad del bien, Cdo 57, al final Directiva (UE) 2019/771) realizado durante el período previo a la sustitución (art. 118.7 y 119 *ter*

6 c TRLGDCU). Este último texto, que no descarta por tanto reclamaciones por un uso anormal del bien sustituido, nada dice acerca del uso que también se haya podido dar a los bienes durante el período previo a la resolución quedando la cuestión, por tanto, a expensas de lo que pueda determinar nuevamente el Derecho interno (Cdo 60 Directiva (UE) 2019/770). La Directiva (UE) 2019/770, aparentemente más proteccionista para el caso de resolución (al bloquear toda reclamación por cualquier uso), no se pronuncia, en cambio, a propósito de eventuales medidas (obligacionales) tendentes a la puesta en conformidad que puedan resultar similares o equivalentes a la sustitución (así, por ejemplo, mediante la entrega de una nueva copia o activación de un nuevo acceso a los contenidos o servicios contratados).

HOWELLS, 2017, 157, destaca que a pesar de que la Directiva (UE) 2019/770 no utilice los términos reparar y sustituir, la puesta en conformidad puede alcanzarse de igual modo (“[...] by sending another link to download [replacement] or patching any bugs [repair]”).

Sobre la cuestión ¿cómo proceder?: ¿ámbito no uniformizado y, por tanto, remisión del Derecho interno? ¿aplicación, por analogía, del art. 17.3 Directiva (UE) 2019/770, dado que se trata, en cualquier caso, de reclamaciones por el uso que puede haberse dado a elementos no conformes? O, en fin ¿aplicación por analogía del art. 14.4 Directiva (UE) 2019/771, visto que la laguna se plantea en supuestos cercanos a la sustitución?

En materia de datos, recae sobre el empresario de deber de abstenerse de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar el elemento digital (art. 16.3 Directiva (UE) 2019/770). Excluido aquel contenido, el empresario también puede impedir al consumidor el uso ulterior de otros contenidos o servicios digitales (art. 16.5 Directiva (UE) 2019/770). En cuanto al consumidor, le asiste el derecho a recuperar aquellos contenidos facilitados o creados por él mismo (art. 16.4 Directiva (UE) 2019/770), a la par que debe abstenerse de utilizar y poner a disposición de terceros los elementos digitales antes entonces contratados (art. 17.1 Directiva (UE) 2019/770)⁷.

⁷ Acerca de los derechos a recuperar los datos creados o facilitados por el consumidor y a impedir su uso por el profesional (reverso del deber de abstención del art. 16.3 Directiva (UE) 2019/770) y a su relación con los derechos de supresión, acceso y portabilidad previstos en el Reglamento 2016/679 (art. 15, 17 y 20; art. 16.2 Directiva (UE) 2019/770), *vid.* CAMARA LAPUENTE, 2020, 7-10.

Ninguna de estas previsiones se reproduce en la Directiva (UE) 2019/771 para el caso de resolución de la compraventa de bienes con elementos digitales.

3.1.6. Los plazos

En esta materia, las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771 coinciden, al menos, en dos aspectos. En primer lugar, ambas dejan a criterio de la legislación interna la fijación de plazos de prescripción (*rectius*: de ejercicio) de los correspondientes remedios o medidas de corrección, sujetándose sólo a la exigencia de que, en cualquier caso, tales plazos permitan (o den tiempo) al consumidor para reclamar por cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo de garantía (art. 11.2 III y 11.3 II Directiva (UE) 2019/770; art. 10.4 Directiva (UE) 2019/771). En segundo lugar, y en relación con este último, no existe propiamente el mandato de introducir en la legislación interna un plazo legal de garantía.

El argumento lo proporciona el art. 11.2 III Directiva (UE) 2019/770: “Si, en virtud del Derecho nacional, los derechos previstos en el artículo 14 también están sujetos o solo están sujetos a un plazo de prescripción”. En el mismo sentido, art. 11.3 III Directiva (UE) 2019/770), que resulta inspirador al tiempo de interpretar y corregir, a su estela, la deficiente redacción del art. 10.5 Directiva (UE) 2019/771 (Cdo 42 Directiva (UE) 2019/771).

Para el caso de mantenerse o introducirse, los parámetros que proporcionan las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771 son sensiblemente distintos. Tratándose de una compraventa de bien con elementos digitales, el plazo (ampliable, art. 10.3 Directiva (UE) 2019/771) de garantía del componente material es de dos años a contar desde la entrega (art. 10.1 final y 10.2 Directiva (UE) 2019/771). En cuanto al componente digital, el art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771 impone una doble distinción en función de si se trata de un elemento digital de suministro continuo o no.

Las modalidades de suministro contempladas en la Directiva (UE) 2019/771 son sólo dos: el suministro continuo (art. 10.2 y 11.3) y el suministro en un único acto (art. 7.3 a); sin embargo, debe asimilarse a este último el suministro a través de actos individuales (argumento ex art. 11.2 Directiva (UE) 2019/770; GSELL, B. - ARALDI, R., 2020, 483).

El art. 10 Directiva (UE) 2019/771 se refiere, sólo, al primer caso (art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771) y silencia el segundo; la ausencia de norma específica sitúa el suministro en acto único en el art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771 y, de ahí, que el vendedor sólo sea responsable por las faltas de conformidad que, existiendo en el momento de la entrega del bien, se manifiesten durante el plazo de los dos años siguientes (Cdo 31 Directiva (UE) 2019/771); sin embargo, la expresión “[S]in perjuicio

de lo dispuesto en el art. 7, apartado 3” del art. 10.1, al final, Directiva (UE) 2019/771 enrarece un tanto la conclusión.

El precepto impone al vendedor velar a fin de que se suministren al consumidor todas aquellas actualizaciones que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad, durante el período: (...) a) que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta el tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato (...) (Cdo 31, que impone la actualización aunque los bienes fueran conformes en el momento de la entrega). El precepto parece imponer el suministro de actualizaciones (eso así, durante un período variable e indeterminado) como una obligación al margen o añadida a la de garantizar la conformidad durante el plazo de garantía. La consecuencia más inmediata es que el régimen asociado en caso de incumplimiento no es el previsto para el caso de falta de conformidad. En cualquier caso, la incertidumbre que suscita la norma se reproduce en el contexto de la Directiva (UE) 2019/770 (véase art. 8.2 b).

A propósito del suministro continuo, la distinción a partir de la que el art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771 fija el plazo de responsabilidad del vendedor pende de la duración del suministro y, en particular, si se prolonga o no más allá de los dos años desde la entrega del bien. En este último caso, el vendedor también será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o manifieste en el plazo de dos años desde la entrega del bien. De ello se colige: primero, que el plazo de responsabilidad se prolonga hasta aquellos dos años, aunque el período del suministro sea inferior; segundo, que la alternativa “produzca o manifiesta” suscita la cuestión de si, para exigir aquella responsabilidad, basta con que la falta de conformidad se produzca a lo largo de aquel plazo aunque se manifieste una vez transcurrido (GSELL, B. - ARALDI, R., 2020, 484, 485). Si el suministro continuo excede de los dos años, entonces el vendedor responderá por cualquier falta de conformidad que se produzca o manifieste durante el plazo de suministro. A tenor del art. 10.3 Directiva (UE) 2019/771, el legislador interno puede mantener o adoptar plazos más largos que los indicados.

La distinción entre suministro en acto único y suministro continuado se reproduce en el art. 11.2 (que contempla también el que se realiza a través de una serie de actos individuales) y 3 Directiva (UE) 2019/770 (Cdo 56 y 57). En el primer caso, se reproduce la regla ya vista, debidamente adaptada, de responsabilidad por las faltas de conformidad que existan en el momento del suministro y que se manifiesten en un período que no puede ser inferior a los dos años a contar desde el suministro. El art. 11.3 Directiva (UE) 2019/770, relativo al suministro continuo, es el que, si se compara con el art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771, revela diferencias: en primer lugar, porque no

se contempla ningún plazo mínimo de responsabilidad al margen del plazo (quizás inferior) del suministro, como prevé la primera de las reglas previstas en el art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771; en segundo lugar, porque que coincidan el plazo de responsabilidad del vendedor y el plazo durante el cual debe producirse o manifestarse la falta de conformidad con el período del suministro (o período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato, art. 11.3 I final Directiva (UE) 2019/770) no admite ninguna excepción. La libertad que el art. 10.3 Directiva (UE) 2019/771 reconoce a los Estados a fin de ampliar el plazo de garantía más allá del plazo de suministro no se reproduce en el art. 11.3 Directiva (UE) 2019/770 (art. 120.2 TRLGDCU). La conclusión es que, en caso de suministro continuo de elementos digitales sujetos a la Directiva (UE) 2019/771, el plazo de garantía de tales elementos se regula con mayor generosidad que el plazo de garantía de los contenidos y servicios digitales, también de suministro continuo, regidos por la Directiva (UE) 2019/770.

También es cierto que los Estados pueden autorizar pactos de reducción de los plazos de garantía del art. 10.1 y 2 Directiva (UE) 2019/771 en caso de bienes de segunda mano, luego, incluidos los bienes con elementos digitales y prescindiendo de la naturaleza, continua o no, del acto de suministro. Se trata de una opción no prevista en la Directiva (UE) 2019/770. Por lo demás, a los elementos digitales de suministro continuo sujetos a la Directiva (UE) 2019/771 parece que, en cambio, no les alcanza la facultad de modificación del art. 19 Directiva (UE) 2019/770 (en este sentido, pero admitiendo que el legislador interno pueda legislar sobre el particular, SEIN, K., 2020, 8).

El art. 12.2 y 3 Directiva (UE) 2019/770 y el art. 11 Directiva (UE) 2019/771, en materia de carga de la prueba, también revelan diferencias. A propósito de elementos digitales de suministro en acto único o actos individuales, aquellas diferencias no se reducen, sólo, a la posibilidad de ampliar el plazo durante el que rige la presunción de existencia de la falta de conformidad al tiempo de la entrega (o, en su caso, del suministro), que el art. 11.2 Directiva (UE) 2019/771 permite alargar hasta los dos años y que el art. 12 Directiva (UE) 2019/770, en cambio, no contempla; resulta, por tanto, una presunción que rige solo durante el año siguiente al suministro, art. 12.2 Directiva (UE) 2019/770).

Nótese que, a pesar de compartir la misma rúbrica (“carga de la prueba”), los art. 11 Directiva (UE) 2019/771 y 12 Directiva (UE) 2019/770, no se expresan del mismo modo. En el primero hay una presunción *iuris tantum* (“[S]e presumirá [...], salvo que se demuestre lo contrario”). El segundo, en términos procesales, se limita a distribuir la carga de la prueba, atribuyendo al profesional la de la conformidad del bien, luego, sólo indirectamente cabe hablar de presunción

de falta de conformidad durante el primer año a contar desde el suministro; esto mismo sucede en el art. 11.3 Directiva (UE) 2019/771.

Al margen de poderse desvirtuar la presunción si se acredita que el bien se entregó conforme al contrato, el art. 11.1 Directiva (UE) 2019/771 llega incluso a descartar su aplicación si resulta incompatible con la naturaleza de los bienes o con la índole de la falta de conformidad. Esta excepción no se reproduce, al menos expresamente, en el art. 11.3 Directiva (UE) 2019/771 a efectos de invertir la carga de la prueba en caso de compraventa de bienes digitales de suministro continuo. En la Directiva (UE) 2019/770, el art. 12.4 se declara aplicable tanto al suministro en acto único como al suministro continuo. Su finalidad es permitir que el profesional pueda provocar aquella inversión, correspondiendo entonces al consumidor la prueba relativa a la falta de conformidad del elemento digital, ya sea al tiempo del acto de suministro (art. 12.2 Directiva (UE) 2019/770), ya sea en algún momento del período durante el que se ha prolongado la prestación (art. 12.3 Directiva (UE) 2019/770). Invertir la carga de la prueba exige acreditar que el entorno digital del consumidor informado no es compatible con los requisitos técnicos de los elementos digitales; a estos fines, el art. 12.5 Directiva (UE) 2019/770 impone al consumidor el deber de cooperar con el profesional siendo así que, si se niega, igualmente se invierte la carga de la prueba. En el contexto de la Directiva (UE) 2019/771, aun tratándose de bienes con elementos digitales y para el caso de falta de conformidad de estos, no se impone ningún deber de cooperación⁸.

Los art. 11.3 Directiva (UE) 2019/771 y 12.3 Directiva (UE) 2019/770 son casi plenamente coincidentes.

A diferencia de los artículos a que tales preceptos se remiten (así, respectivamente, al art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771 y 11.3 Directiva (UE) 2019/770), el legislador europeo atribuye al empresario la carga de la prueba de la conformidad solo en los casos en que la falta de conformidad se ha *manifestado* durante el período del suministro; en este contexto, no hay rastro de la alternativa *producir v. manifestar*.

Sin embargo, no se puede amagar que mientras que en la Directiva (UE) 2019/770, durante el plazo de responsabilidad del empresario, la carga de la prueba de la conformidad recae siempre sobre él, en la Directiva (UE) 2019/771 puede que ello no siempre sea así; la razón es que la facultad de ampliación del art. 10.3 Directiva (UE)

⁸ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, 2021, 6 y 7, que niega que el art. 12.4 y 12.5 Directiva (UE) 2019/770 puedan regir en caso de compraventa de bienes con elementos digitales. *Vid.* art. 121.3, 4 y 5 TRLGDCU.

2019/771 puede determinar que no acaben coincidiendo el plazo de responsabilidad y el período del suministro, siendo así sólo en relación a las faltas de conformidad manifestadas durante este último (que puede, por tanto, resultar inferior al de responsabilidad) la carga de la prueba recaerá sobre el vendedor (art. 11.3, *a contrario*, Directiva (UE) 2019/771).

En la Directiva (UE) 2019/770 no se contempla ningún plazo mínimo para informar al profesional de la falta de conformidad; de hecho, ni siquiera se llega a legitimar a los Estados a fin de mantener o incorporar un deber de información como, en cambio, sí hace el art. 12 Directiva (UE) 2019/771.

3.2 Bienes con elementos digitales y bienes sólo portadores: ¿idénticas reglas en materia de entrega e incumplimiento de la obligación de entregar?

La Directiva (UE) 2019/771 no disciplina la obligación de entrega; lo hace, parcialmente, el art. 18 Directiva 2011/83/UE, relativo a su exigibilidad y a las circunstancias que legitiman, en caso de incumplirse, la resolución del contrato por esta causa. La regla del art. 3.3 Directiva (UE) 2019/770 (que excluye, para los bienes sólo portadores de contenidos digitales, la aplicación de los arts. 5 y 13), determina que el art. 18 Directiva 2011/83/UE también sea el referente de la obligación de entregar esta otra modalidad de bien mixto. En este particular, por tanto, bienes con elementos digitales y bienes sólo portadores de contenidos digitales ¿coinciden? La coincidencia pasa por considerar que habrá falta de conformidad y no entrega parcial si, comprados varios bienes (sean sólo portadores o no), sólo se han entregado algunos (argumento ex art. 7 *a* Directiva (UE) 2019/770 y art. 6 *a* Directiva (UE) 2019/771). Hay que hacer dos matices adicionales. El primero apelaría al concepto de entrega. Su significado último, que tampoco se avanza totalmente en la Directiva 2011/83/UE (en parte sí lo hace a propósito del desistimiento del contrato de compraventa que recae sobre varios bienes, bienes compuestos o que prevé entregas periódicas, fijándose en qué momento hay *entrega* a efectos de calcular *el dies quem* del plazo para desistir (art. 9.2 *b* Directiva 2011/83/UE), se deja a merced de la legislación nacional (Cdo 38 Directiva (UE) 2019/771); su trascendencia es indudable (así, por ejemplo, el momento de la entrega determina, en el caso de compraventa de bienes, el *dies a quo* del plazo de garantía, art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771).

A propósito de los bienes portadores, aunque rija para ellos la obligación de entrega (art. 18 Directiva 2011/83/UE) y no la de suministro (art. 5 Directiva (UE) 2019/770), resulta que también es el momento del suministro el determinante para valorar la conformidad de tales bienes y la de los elementos portados (argumento *ex* 11.2 Directiva (UE) 2019/770).

La presencia de un componente digital obliga, sin embargo, a reformular aquel concepto trascendiendo de la idea de la simple transmisión de la posesión material. En este sentido, el Cdo 39 Directiva (UE) 2019/771 exige, a fin de entenderse producida *la entrega del bien*, no sólo la entrega del componente físico, sino que el vendedor haya realizado todas aquellas actuaciones necesarias a fin de que el componente digital llegue “al entorno al consumidor y no sea necesario que el vendedor realice ninguna otra acción para que el consumidor pueda utilizarlo[s] con arreglo al contrato”.

La obligación de restitución del bien (algo así como, para el caso de resolución contractual -obviamente por causa distinta al incumplimiento de la obligación de entregar-, el reverso de la obligación de entrega) se sujeta a reglas distintas. Ya se ha señalado que la Directiva (UE) 2019/771 impone, sin más, la restitución (art. 16.3 *a* Directiva (UE) 2019/771); el art. 17.3 Directiva (UE) 2019/770 supedita la restitución del soporte material (sin demora indebida) a que medie previa solicitud del empresario realizada en el plazo de catorce días a partir del momento en que es informado de la resolución (art. 119 ter 6 *b* TRLGDCU).

4. Conclusión

En las circunstancias del art. 3.3 Directiva (UE) 2019/771, sujetar íntegramente la compraventa de bienes con elementos digitales a la Directiva (UE) 2019/771 implica, de entrada, descartar la opción de identificar el supuesto como uno de contratación múltiple en el que pudiera distinguirse entre, por una parte, un contrato de compraventa del bien y, por otra, un contrato (probablemente vinculado al primero) de suministro de elementos digitales. En el marco del contrato único, aquella sujeción también evita reservar las reglas de la Directiva (UE) 2019/771 al bien y sujetar el elemento digital a la Directiva (UE) 2019/770. Con esta estrategia se diría que, con carácter general, el consumidor que contrata en suministro de elementos digitales en tanto que formando parte del contrato de compraventa, recibe un trato tendencialmente mejor que el consumidor que contrata elementos digitales autónomamente. Así, por ejemplo, en caso

de falta de conformidad del componente o elemento digital, a dicho consumidor le es permitida la resolución parcial del contrato en caso de compraventa de varios bienes; puede elegir una medida correctora concreta; no carga con el deber de colaborar con el profesional a fin de descartar que el origen de la falta de conformidad se encuentre en su entorno digital; y, según como el Derecho interno incorpore los art. 3.7, 10.3 y 11.2 Directiva (UE) 2019/771, podrá elegir como primer remedio una medida contractual, en el suministro continuo el período de garantía de los elementos digitales puede llegar a exceder del período del suministro y, en el suministro a través de acto único, la presunción de falta de conformidad al tiempo del suministro puede extenderse más allá del año a contar desde la entrega del bien. Estos datos, ciertamente, pueden fomentar el interés del consumidor en contratar el suministro de elementos digitales aprovechando la compraventa del bien con el que acabarán interconectándose; claro que, desde la perspectiva del profesional y por las mismas razones, puede que se acabe auspiciando lo contrario, a saber, la contratación autónoma.

5. Referencias bibliográficas

ARNAU RAVENTÓS, L. (2020), “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, en ARROYO AMAYUELAS, E. – CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 79-100.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret*, 3, pp. 1-91 (disponible en: <https://indret.com> [fecha de la consulta: 10 de agosto de 2021]).

CAMARA LAPUENTE, S. (2020), “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12, 1, pp. 838-862.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2021), “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de

contenidos y servicios digitales, *Diario La Ley*, núm. 9881, Sección Tribuna, 29 de junio de 2021, pp. 1-32.

GSELL, B. - ARALDI, R. (2020), “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 12, 2, pp. 475-495.

HOWELLS, G. (2017), “Reflections on Remedies for Lack of Conformity”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, pp. 145-160.

KALAMEES, P. - SEIN, K. (2019), “Connected Consumer Goods. Who is liable for defects in the ancillary digital service?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 8, pp. 13-22.

LILLEHOLT, K. (2019), “A Half-built House? The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law”, *Juridica Internacional*, 28, pp. 3-8 (<https://doi.org/10.12697/JI.2019.28.01> [fecha de la consulta: 5 de agosto de 2021]).

MANKO, R (2016), “Contrats de fourniture de contenu numérique. Une analyse juridique de la proposition de nouvelle directive de la Commission”, *Service de Recherche du Parlement européen*, PE 582.048, pp. 1-45.

METZGER, A. (2020), “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, E. – CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 121-140.

SEIN, K. (2020), “Good with digital elements and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods”, *Elsevier BV*, pp. 1-11 (<https://ssrn.com/abstract=3600137> [fecha de la consulta: 15 de julio de 2021])

SCHULZE, R. (2017), “Supply of digital content. A New Challenge for European Contract Law”, en: DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, pp. 127-143.

TWIGG-FLESNER, C. (2020) “Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services”, en ARROYO AMAYUELAS, E. – CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 49-78.

VAN GOOL, E. - MICHEL, A. (2019), “The New Consumer Law Directive 2019/771 and sustainable consumption: a critical analysis”, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 1- 18 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3732976> [fecha de consulta: 9 de agosto de 2021]).