Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

LA NUEVA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CONTENIDOS DIGITALES TRAS LA LEY 3/2014, DE 27 DE MARZO [*]

[*WORKING PAPER*]

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho civil
Universidad de La Rioja

Fecha de publicación: 3 de octubre de 2014

1. EL MARCO LEGAL Y FÁCTICO DE LA NUEVA PROTECCIÓN

1.1. Consideraciones introductorias. La necesaria adaptación del Derecho de consumo al entorno digital

1.2. El origen europeo del nuevo régimen legal español: el trasfondo de la Directiva 2011/83

1.2.1. El proceso de gestación europea de las reglas sobre contenidos digitales

1.2.2. Recuento de las nuevas reglas y aspectos no abordados

2. CATEGORÍAS, CONCEPTOS, NATURALEZAS: ¿CRUCIALES O PRESCINDIBLES?

2.1. El contrato sobre contenidos digitales: ¿compraventa *vs.* servicios? ¿Un *tertium genus*?

2.1.1. Las categorías contractuales típicas, las dificultades de encaje y la decisión del legislador

2.1.2. Algunos rasgos genuinos de los contratos sobre contenidos digitales (propiedad, uso y contenidos digitales con y sin "soporte material", *off line/on line*).

2.1.3. La gratuidad: ¿también en los contratos gratuitos el consumidor debe quedar protegido?

2.2. El objeto del contrato: ¿bienes, productos, servicios? Rizar el rizo o el síndrome del rizoma

3. ACLARANDO EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL: ¿QUÉ SE APLICA Y QUÉ NO SE APLICA A LOS CONTENIDOS DIGITALES EN EL TR-LGDCU?

[*] Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, con referencia DER2012-37206 ("Derecho privado europeo: más allá de los ámbitos ya armonizados"), del que el autor es Investigador Principal.

4. ANÁLISIS DE LAS TRES NOVEDADES EXPRESAS CONTENIDAS EN EL TR-LGDCU TRAS LA LEY 3/2014

4.1. La definición de "contenidos digitales".

4.2. Los nuevos requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales

4.2.1. Información sobre su "funcionalidad"

a) La “funcionalidad” según la norma: las “medidas técnicas de protección”

b) El problema especial de la “copia privada” de contenidos digitales

c) La “funcionalidad” más allá de la norma: otras informaciones necesarias sobre el uso

4.2.2. Información sobre su "interoperabilidad"

4.2.3. ¿Por qué, para qué y cómo suministrar esa nueva información? Sanciones y valoración del modelo voluntario propuesto por la Comisión Europea en junio de 2014

a) Fundamento y finalidad

b) Consecuencias legales de la falta de suministro de la información

c) Formas (eficaces e ineficaces) de suministrar la información

d) El modelo voluntario de iconos propuesto por la Comisión Europea

4.3. El derecho de desistimiento del contrato sobre contenidos digitales

4.3.1. Sentido de su introducción *ex lege* y valoración

4.3.2. Excepciones al derecho de desistimiento

4.3.3. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de su ejercicio

4.3.4. Costes del desistimiento

5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. EL MARCO LEGAL Y FÁCTICO DE LA NUEVA PROTECCIÓN

1.1. Consideraciones introductorias. La necesaria adaptación del Derecho de consumo al entorno digital

El uso y disfrute de contenidos digitales acapara en la actualidad una porción notable de la actividad de consumidores de toda edad, perfil profesional, cultural o económico.

La descarga de canciones –incluidos tonos para teléfonos móviles (*ringtones*)–, películas, programas de radio o televisión (*podcasts*, programas a la carta), libros electrónicos, programas de ordenador –incluidas las aplicaciones o *apps* para teléfonos

móviles, tabletas y otros dispositivos–, videojuegos, cursos y materiales de aprendizaje, etc.; la adquisición de avatares o de elementos intangibles para un juego o contexto virtual[1] o de dinero electrónico o virtual (v. gr., *bitcoins*); la consulta de bases de datos de todo tipo –de información, de noticias, de datos meteorológicos o de geolocalización, etc.–; el uso en línea de programas de ordenador, gratuitos o no –el llamado *software* como servicio o SaaS, los *mashups*, etc.–, o la participación en juegos *on line* (*cloud gaming*); la visualización en tiempo real (*streaming*) de contenidos audiovisuales de todo género, con o sin suscripción periódica, y un sinfin de otras actividades (sin olvidar la compra o alquiler de contenidos digitales *off-line* en soportes tangibles como los CD, DVD o Blu-Ray) se han convertido en actos diarios de sencilla y masiva ejecución, que abren inagotables y novedosos modelos de negocio e importantes nichos de inseguridad acerca del régimen jurídico de estas transacciones.

Los *datos económicos* son tan elocuentes acerca de la implantación del fenómeno que apenas requieren cita o glosa: el uso de internet para la compra de productos digitales se ha intensificado tanto que en 2012 más de la mitad de los productos adquiridos en línea son contenido digital[2], fundamentalmente y por este orden, música, programas de ordenador y actualizaciones de videojuegos y libros electrónicos[3]. En 2013 la recaudación por videojuegos (70.000 millones de euros, 313,7 millones en España) ha doblado a la de la taquilla mundial del cine[4]. De todos los libros vendidos en Estados

---

[1] V. gr., ropa o armas para personajes creados en plataformas de juego y entretenimiento tan populares como *Second Life* o *World of Warcraft*, que han llevado a distinguir a algunos autores entre "bienes digitales clásicos" y "bienes virtuales", con su propio valor económico y mercado de transacción: *vid.* FRIELING, J., "Virtual goods in online worlds: basics, characteristics and monetization", *11th International Workshop for Technical, Economical and Legal Aspects of Business Models for virtual goods incorporating the 9th W3C ODRL Community Group Meeting*, Koblenz, 19-20 septiembre 2013, pp. 3097-3107 (disponible en http://subs.emis.de/LNI/Proceedings/Proceedings220/3097.pdf; fecha de consulta: 25 julio 2014).

[2] En concreto, un 57% en 2012 (*vid. Consumer Market Scoreboard*, 7ª ed, mayo 2012, p. 19), en tanto que el resto de artículos adquiridos en línea son, por este orden, ropa y material deportivo, viajes y alojamiento vacacional, libros, revistas y material educativo, entradas para eventos, enseres domésticos, etc.: *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Cuadro de Indicadores de las Condiciones de Consumo. Los consumidores en casa en el mercado único* (SWD(2013) 291 final), 9ª ed., Bruselas, 22 Julio 2013 (http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/editions/docs/9th_edition_scoreboard_es.pdf: fecha de consulta: 1 julio 2014), p. 26, que explica que las compras de programas informáticos, películas, música y equipamiento informático han descendido 4, 3 y 2 puntos porcentuales respectivamente, siguiendo la tendencia a la baja desde 2006 hasta hoy; el informe alude como razones al incremento de la facilitad de descarga (legal o no) de contenidos en línea gratuitos y a la disponibilidad de plataformas de música y vídeo en línea en las que los usuarios se inscriben para obtener servicios de flujo continuo o para alquilar películas. Se mantiene estable el ámbito de los videojuegos y otras prestaciones y servicios.

[3] El dato de la prelación, probablemente extrapolable a otros países, proviene de un estudio elaborado en el Reino Unido: *Consumer Focus response to the Department for Business Innovation and Skills consultation on Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law*, London, octubre 2012, p. 12 (disponible en http://www.consumerfocus.org.uk).

[4] SUCASAS, A. L., "Arte y dinero en el bazar del videojuego", *El País*, 28.6.2014, p. 36. Entre otros datos publicados a raíz del Salón Gamelab de Barcelona 2014, cabe destacar que, según la citada fuente, el juego más popular del momento (*Grand Theft Auto V*) superó en beneficios a toda la industria de la música. Para datos concretos de la evolución de la industria española, *vid.* DEV, *Libro Blanco del*

Unidos los electrónicos representan el 30%, un porcentaje muy superior al español[5]. También son reveladoras las cifras relativas a los *perjuicios causados a los consumidores* de contenidos digitales (se estiman en 64.000 millones de euros al año en la Unión Europea) por diversos problemas que, de más a menos frecuencia, tienen que ver con el acceso a los contenidos digitales (33%; por ejemplo, interrupciones de suministro), la falta de información (24%) o la información confusa o compleja (18%), la baja calidad del contenido digital (14%) o las cláusulas abusivas[6].

Por ello resulta particularmente *llamativa la ausencia de estudios* y de análisis en profundidad acerca *del nuevo régimen jurídico de los contenidos digitales* ofrecidos a los consumidores que fue introducido por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores[7] y su reciente transposición al ordenamiento español mediante la Ley 3/2014 de 27 de marzo[8], que modificó al efecto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, en adelante TR-LGDCU). Esta desatención, prácticamente absoluta en la doctrina española, también es notable en la doctrina europea que ha estudiado esa Directiva y la coetánea propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL en sus usuales siglas inglesas)[9]. La importancia del fenómeno de contratar contenidos digitales y la novedad de su plasmación legal en el Derecho de consumo requieren un examen crítico y detenido, del que este estudio es sólo un limitado primer avance.

---

desarrollo español de videojuegos, mayo 2014 (disponible en http://www.dev.org.es/es/publicaciones/126-libro-blanco-dev, fecha de consulta 7 septiembre 2014).

[5] ALTARES, G., "Combate por el futuro del Libro", *Babelia/El País*, 28.6.2014, p. 5 (reflejando datos de G. PACKER, "Cheap Words. Amazon is good for customers. But is it good for books?" *The New Yorker*, 1.2.2014); el artículo refleja que, según el Gremio de Editores, en España la venta de libros digitales representa el 3% del total en 2013.

[6] *Vid*. el desglose de esas cifras en el completo estudio empírico encomendado por la Comisión Europea: EUROPE ECONOMICS, *Digital content services for consumers: Assessment of problems experienced by consumers (Lot 1). Report 4: Final Report*, Bruselas, 2011, en especial, pp. 173-174 (disponible en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/consumer-marketing/events/digital_conf_en.htm; fecha de última consulta 1 julio 2014); y también, en BEUC Position Paper, *Digital Products: EU Consumers Need Clear Rights*, Ref. X/2012/099, 10 diciembre 2012, p. 4.

[7] DOUE L 304, p. 64 y ss.

[8] Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, BOE nº 76, 28 marzo 2014, p. 26967 y ss.

[9] COM(2011)635 final, de 11 de octubre de 2011. Así lo denuncia SPINDLER, que tilda de "sorprendente" la omisión en el debate sobre el CESL del nuevo régimen de los contenidos digitales y añade que "este (grave) olvido resulta increíble" cuando los proveedores de contenido digital y los intermediarios de internet están sobrepasando con mucho a la industria tradicional; *vid.* SPINDLER, G., "Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de compraventa", en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la Compraventa de octubre de 2011)*, Thomson-Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 457-458.

El *Derecho de consumo apenas se ha adaptado a la evolución técnica* y social que ha traído consigo el entorno digital. Desde el año 2000, en que se aprobó la Directiva sobre comercio electrónico (y, antes, en 1997, la Directiva sobre ventas a distancia), el legislador de la Unión Europea prácticamente no había revisado y adaptado sus principales reglas de protección del consumidor al nuevo contexto que, en particular desde 2005, se ha generado a raíz de la expansión de las redes sociales y la web 2.0, la proliferación de contenidos digitales y sus formas de distribución, el almacenamiento en la nube, etcétera[10]. La Directiva 2011/83 ha supuesto un primer e importante punto de inflexión al respecto. Doctrinalmente existen distintas corrientes de pensamiento acerca del comercio electrónico de contenidos digitales: mientras algunos ven en estos objetos del tráfico singularidades tan relevantes frente a otros bienes como para repensar por entero las reglas de tutela del usuario en el ámbito del comercio electrónico, otros creen que el escenario de la contratación en internet requiere sólo un ajuste marginal para adaptarla a estos productos y servicios digitales[11]. Por el momento, la actitud de los legisladores europeo y español parece seguir esta última vía de mínimos. En esta decisión puede tener también un peso no desdeñable que el mismo contenido digital puede contratarse *on line* y *off line* (v. gr., una película en *streaming*, en DVD adquirido por internet o el mismo DVD comprado en una tienda física).

Para centrar el objeto de este estudio y poner algo de orden en el vasto campo que cabe etiquetar bajo la denominación de "contenidos digitales" resulta oportuna la *distinción* entre los *contenidos* en sí y los *medios de suministro* de dichos contenidos digitales. Así, por una parte, en cuanto a los contenidos, destaca, entre otros muchos, un criterio de clasificación que, por su incidencia en los derechos finales de los usuarios o consumidores, merece una atención prevalente: su sumisión o no al imperio de la propiedad intelectual. En este sentido, existen *contenidos digitales protegidos por derechos de autor* (programas de ordenador, obras musicales, cinematográficas, audiovisuales, literarias o pictóricas, fotos, mapas, colecciones, etc.) *o protegidos por derechos afines* (los que corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o de las grabaciones audiovisuales, a las entidades de radiodifusión, a los titulares del derecho *sui generis* sobre las bases de datos, etc.) y existen, finalmente, *contenidos digitales que no gozan de protección por las normas de propiedad intelectual* (v. gr., una base de datos sin estructura original ni inversión sustancial en la generación, obtención o verificación de sus contenidos). Por otra parte,

---

[10] Para una descripción del desacompasamiento cronológico entre los avances técnicos y los legales dentro de la Unión Europea, *vid.* el estudio encargado por la Comisión Europea a DLA PIPER, *EU Study on the legal analysis of information society. New rules for a new age?*, Bruselas, noviembre 2009, en especial, p. 2 y ss.

[11] *Vid.* un repaso de ambas posiciones y sus defensores en QUIRK, P., ROTHCHILD, A., "Consumer protection and the Internet", en HOWELLS, RAMSAY, G. I., WILHELMSSON, T., KRAFT, D. (Dirs.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, E. Elgar, Cheltenham (UK), Northhampton (USA), 2010, p. 339.

en lo que respecta a los *medios de suministro* de los contenidos digitales, constituye parámetro relevante –con impacto en la clasificación del contrato y también en la pervivencia y operatividad (o no) de ciertas facultades de los titulares de la propiedad intelectual de la obra o prestación– 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*[12]. El programa obligacional y la propia definición del contrato celebrado se podrán ver determinados por el método de comercialización y aceso a los contenidos digitales[13].

Por último no debe perderse de vista que, junto con la vertiente de protección del consumidor contratante de contenidos digitales, desde un punto de vista jurídico en esta materia confluyen otras ramas del ordenamiento (propiedad intelectual, protección de datos personales, Derecho de las telecomunicaciones, del audiovisual o del comercio electrónico, derechos fundamentales, etc.) que, en ocasiones, garantizarán otros derechos del usuario y, en otras ocasiones, limitarán los que otorga la legislación de consumo.

En concreto, debe repensarse para el contexto digital la *colisión entre el Derecho de consumo y el Derecho de propiedad intelectual* que, en buena medida, atienden a intereses contrapuestos[14] y, por ende, exigen una adecuada ponderación con reflejo legislativo. Obviamente, el Derecho de consumo busca garantizar los derechos del consumidor también cuando adquiera la propiedad o el uso de obras o prestaciones amparadas por la propiedad intelectual, limitando así los derechos de los titulares de

---

12 Pone especial énfasis en la disparidad entre transferencia, uso y servicio en cuanto a los contenidos digitales SCHMIDT-KESSEL, M., *The Application of the Consumer Rights Directive to digital content*, Brussels, enero 2011 (Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas, documento IP/A/IMCO/NT/2010-17, PE 451.491), pp. 3-4.

13 Ya en la enumeración inicial y abierta de contenidos digitales con que se abría el presente ensayo se puede atisbar el impacto jurídico de los canales de transmisión empleados, a la luz de las facultades con que se estructuraba la lista, que rezaba: descarga, uso, adquisición, compra, *streaming*, etc.

14 Al respecto, por ejemplo, ELKIN-KOREN, N., "Making room for consumers under the DMCA", *Berkeley Technology Law Journal*, 22-3, 2007, pp. 1119-1155; STAZI, A., "Digital copyright and consumer/user protection: moving toward a new framework?", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2-2, 2012, pp. 158-174; STAZI, A., MULA, D., "Intellectual Property and Consumer Law", en RAMAHLO, A., ANGELOPOULUS, C. (Dirs.), *Crossroads of intellectual property: intersection of intellectual property and other fields of law*, Nova Publishers, New York, 2012, pp. 1-47; Cfr. también la transformación del Derecho de consumo por las nuevas tecnologías, CUIJPERS, C., "The influence of ICT on consumer protection; empowerment or impairment of the consumer?", *TILT Law & Technology Working Paper*, 2009, 15, pp. 1-43.

éstas y evitando su abuso tanto en la fase de contratación como en la de ejecución del contrato; mientras que la normativa de propiedad intelectual tiende a contemplar al usuario final como beneficiario de una serie de límites o excepciones a los derechos del titular de la propiedad intelectual (v. gr., la copia privada), más que como titular a su vez de plenos derechos subjetivos, en buena parte de los casos. En este sentido, los titulares de la propiedad intelectual cuentan con una protección legal –que progresivamente se ha adaptado al entorno digital[15]–, con una protección por vía de medidas tecnológicas –los conocidos DRMs o sistemas de gestión de derechos digitales, los diversos sistemas anticopia, los controles de acceso electrónico, las codificaciones regionales, los sistemas de seguimiento de los actos del usuario, etc.–, que a su vez están protegidas por las normas de propiedad intelectual[16], y por una protección contractual mediante condiciones generales que dan forma a la licencia de uso, restringiendo o excluyendo determinadas actuaciones de los usuarios; estas cláusulas podrán tener respaldo legal en la normativa sobre propiedad intelectual o en otra sectorial, o, en caso de desequilibrio no negociado, se verán cercenadas por las reglas sobre cláusulas abusivas. De igual forma, las restricciones derivadas de las medidas tecnológicas vendrán tamizadas por las normas de protección del consumidor a través de deberes de información precontractual y, en su caso, por las reglas de la falta de conformidad contractual. Pero la disparidad de intereses y enfoques a que atienden el Derecho de consumo y el de propiedad intelectual en el ámbito digital alcanza su máxima dimensión en el propio concepto de "propiedad" en que hunde sus raíces cada rama jurídica: en tanto que el Derecho de consumo y, en particular, la normativa sobre compraventa de consumo se basa en una plena transferencia de la propiedad con la que el consumidor hará el uso del producto que estime oportuno, el dogma que sustenta el Derecho de propiedad intelectual es que la propiedad de una copia física de una obra o prestación no confiere ningún tipo de propiedad sobre material incluido en ese soporte material[17].

En definitiva, en este ámbito de contratación en el que actúan típicamente no sólo el consumidor, el vendedor (o prestador de servicios) y el productor, sino también los derechos de los titulares de la propiedad intelectual (que pueden no coincidir con los anteriores), es preciso poner en balanza las políticas legislativas divergentes y ofrecer soluciones que extremen la seguridad jurídica. Precisamente la normativa europea sobre *propiedad intelectual está en un proceso de revisión* que ha cobrado especial

---

15 A través de nuevos derechos exclusivos como el derecho de comunicación al público, el derecho de reutilización de las bases de datos, la matizada expansión del derecho de reproducción en internet, etc.

16 *Vid.* arts. 160-162 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante, TR-LPI.

17 Para un desarrollo de este planteamiento divergente, HELBERGER, N., LOOS, M. B. M., GUIBAULT, L., MAK, CH., PESSERS, L., "Digital content contracts for consumers", *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, pp. 45-47.

protagonismo desde finales de 2013[18], en el que se debaten cuestiones de trascendencia capital para los consumidores como los problemas de portabilidad transfronteriza de los contenidos digitales, las restricciones de acceso por zonas dentro de la Unión Europea, la posibilidad de reventa del contenido digital adquirido por el consumidor –un ejemplo más del contraste sobre las citadas nociones de propiedad, pues el agotamiento del derecho de distribución no se opone a la reventa de la copia física adquirida, pero parece impedir [*vid. infra*], a falta de norma específica, la reventa de contenidos digitales *online*– o la reformulación de las excepciones o limitaciones a los derechos de los titulares de la propiedad intelectual, incluido el límite de la copia privada[19]. En este sentido, de cara a los cambios inminentes anunciados en este ámbito, la axiología propia del Derecho de consumo no puede quedar al margen en ese proceso de revisión. Asimismo, será precisa una adecuada réplica y coordinación legislativa posterior y coherente en el acervo comunitario de protección legal de los consumidores y, en definitiva, en la legislación nacional.

1.2. El origen europeo del nuevo régimen legal español: el trasfondo de la Directiva 2011/83

1.2.1. El proceso de gestación europea de las reglas sobre contenidos digitales

Las nuevas reglas introducidas en el TR-LGDCU mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo de transposición de la Directiva 2011/83 proceden, tal cual, del texto europeo, que reviste el carácter de armonización de máximos en la mayoría de los aspectos relativos a los contenidos digitales[20]. Resulta esclarecedor, por tanto, conocer el origen prelegislativo de estas normas.

---

[18] Tras los anuncios hechos por la Comisión Europea en su Comunicación titulada *A Single Market for Intellectual Property Rights*, COM(2011) 287 final, Bruselas, 24 mayo 2011, la Comisión puso en marcha el 5 diciembre 2013 su *Public Consultation on the review of the EU copyright rules* (disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm), cuyo proceso quedó cerrado en marzo de 2014 suscitando un gran interés (más de 9.500 respuestas). A raíz de las respuestas a las 80 preguntas planteadas está previsto que la Comisión proponga durante 2014 los pertinentes cambios legislativos sobre el Derecho de propiedad intelectual de la Unión Europea.

[19] Son todas cuestiones abordadas en el citado documento *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, que serán examinadas desde la óptica de la nueva protección del consumidor en este trabajo.

[20] Tal carácter de *armonización máxima* no franqueable por los Estados miembros se predica de las reglas relativas al derecho de desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales (art. 9 y ss. Directiva 2011/83), los suministros digitales no solicitados (art. 27 Directiva), el régimen del consentimiento para los pagos adicionales (art. 22 Directiva) o los requisitos de información en los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimientos sobre contenidos digitales (art. 6.1 y 2 en relación con los arts. 4, 6.7 y 6.8 Directiva); *pero no* de los mismos reguisitos de información en otro tipo de contratos de consumo de contenidos digitales distintos de los celebrados a distancia o fuera de establecimiento (art. 5.4 Directiva).

Aunque las instituciones europeas eran conscientes de la laguna que suponía la ausencia de reglas *ad hoc* de protección del consumidor de contenidos digitales desde el planteamiento mismo de los documentos con que se inició el proceso que abocaría en la Directiva 2011/83, como expresamente se reflejó en el Libro Verde de 2007 en que se abría el debate sobre si adoptar un instrumento horizontal con las principales reglas de protección de los consumidores[21], lo cierto es que en la Propuesta de Directiva de 2008 sobre derechos de los consumidores[22], en que se concretó aquella iniciativa, no existían previsiones al respecto y las normas seguían centradas exclusivamente en los bienes muebles corporales.

Fue en la presentación de la "Agenda Digital para Europa" por la Comisión Europea, en mayo de 2010, cuando se explicitó públicamente el interés del organismo por investigar cómo mejorar los derechos de los consumidores en la adquisición de los productos digitales[23] y se apuntó la posibilidad de incrementar esa protección por la vía de potenciar la coherencia del Derecho contractual europeo. De ahí que pocos meses después, el Libro Verde de 2010 sobre el paralelo proceso relativo al Derecho contractual europeo aludiese a la posibilidad de centrarse en los contratos en línea[24]. Debe recordarse que ese momento la Comisión Europea había puesto en marcha dos procesos paralelos pero con muchas líneas en común e interacciones: uno relativo a la revisión del acervo comunitario de protección de consumidores (uno de cuyos principales resultados fue precisamente la Directiva 2011/83) y otro para la creación de un cuerpo de reglas sobre Derecho contractual europeo (que generaría primero el llamado borrador de marco común de referencia [DCFR en sus siglas inglesas] y, a la

---

21 COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, COM(2006) 744 final, Bruselas, 8 de febrero de 2007, § 5.1, p. 25: al tratar el tipo de contratos que podría cubrir la iniciativa se recordaba que el suministro de contenido digital no estaba cubierto por la Directiva sobre garantías en la compraventa de consumo y lo calificaba como "una potencial *laguna* en la protección del consumidor"; aludía asimismo a que los llamados "*contracts providing digital content*" suponen un problema particularmente importante en términos de responsabilidad por daños y de garantías ante defectos y mencionaba que la extensión de la protección a estas situaciones permitiría el uso de esos remedios pero requeriría reglas específicas, ya que "el contenido digital es habitualmente licenciado más que vendido a los consumidores" y por ello planteaba la siguiente pregunta abierta (con cuatro posibles respuestas): "Deberían cubrir las normas sobre ventas de consumo tipos de contratos adicionales en el marco de los cuales se suministren bienes o se presten servicios de contenido digital a los consumidores?".

22 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores*, COM(2008) 614 final, Bruselas, 8 de octubre de 2008, cuyo art. 2.4 seguía definiendo bienes como "todo artículo mueble corpóreo", sin introducir noción específica de "contenido digital".

23 COMISIÓN EUROPEA, *Una agenda digital para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM(2010)245 final, Bruselas, 19 mayo 2010, pp. 14-15.

24 COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo*, COM (2010) 348 final, Bruselas, 1 julio 2010, p. 12.

postre, la propuesta de Reglamento sobre compraventa europea o CESL de 10 de octubre de 2011)[25].

Pues bien, el paso a la acción para el cambio de paradigma tanto en el seno de las estrictas normas de protección de los consumidores como en un eventual y más amplio Derecho contractual europeo se inició incluso antes, con la licitación pública y *encargo por la Comisión Europea de dos estudios, uno económico*[26] *y otro jurídico*[27], ya a finales de 2009, para valorar la forma de adoptar reglas específicas sobre la protección del consumidor de contenidos digitales, sobre la base de un detallado análisis del Derecho comparado de once ordenamientos jurídicos, incluido el español[28]. El *estudio jurídico* se concluyó y presentó el *1 de junio de 2011*. Aunque durante su elaboración se trabajó con el designio de la Comisión Europea de la posibilidad de alumbrar una Directiva específica sobre la protección del consumidor de contenidos digitales (no descartada aún en la actualidad), finalmente los resultados y sugerencias de dicho estudio sirvieron para nutrir algunas de las soluciones adoptadas tanto en la Directiva 2011/83 como en la propuesta de Reglamento CESL, ambos de octubre de 2011. También desde el Parlamento Europeo se solicitó un informe sobre la conveniencia de incorporar los contenidos digitales a la Directiva[29]. La prueba de que esas soluciones se

---

25 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM(2011) 635 final, Bruselas, 10 octubre 2011.

26 EUROPE ECONOMICS, *Digital content services for consumers: Assessment of problems experienced by consumers (Lot 1). Report 4: Final Report*, cit. *supra*.

27 UNIVERSITY OF AMSTERDAM, CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW (CSECL), INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), LOOS, M. B. M. *et al.*, *Digital content services for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts*, Ámsterdam, 2011 (disponible tanto en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/consumer-marketing/events/digital_conf_en.htm,, donde consta la versión pública final de agosto de 2011, como en http://www.ivir.nl/publications/helberger/digital_content_contracts_for_consumers.pdf; fecha de última consulta, 24 julio 2014). El estudio se descompone en varios documentos: el estudio comparado con propuestas concretas de reforma y el informe que contiene íntegros los informes nacionales del que se da cuenta en la siguiente nota. Para una reelaboración del estudio comparado en forma de libro, *vid.* HELBERGER, N. *et al.*, *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.

28 Los ordenamientos analizados en las ponencias nacionales son los correspondientes a nueve Estados Miembros (Alemania, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia y Reino Unido) y a Estados Unidos y Noruega. El texto íntegro de los informes por países puede encontrarse en UNIVERSITY OF AMSTERDAM, CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW (CSECL), INSTITUTE FOR INFORMATION LAW (IViR), *Digital content services for consumers. Comparative analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content services. Report 1: Country reports*, Ámsterdam, 2011 (disponible desde febrero de 2012 en: http://www.ivir.nl/publications/helberger/Digital_content_services_for_consumers_1.pdf; fecha de última consulta 24 julio 2014) y, ahí, el informe español: YANGUAS GÓMEZ, R., CÁMARA LAPUENTE, S., "Spain", en UNIVERSITY OF AMSTERDAM *et al.*, *Digital content...*, cit., pp. 317-357

29 En concreto, el *IMCO Commitee* (*Internal Market and Consumer Protection*) del Parlamento Europeo encargó un estudio al prof. SCHMIDT-KESSEL, M., *The Application of the Consumer Rights Directive to digital content*, enero 2011 (cit.) con las siguientes preguntas: "1) Deben incluirse los

aprobaron en una fase muy postrera del proceso legislativo y tras una decidida intervención al respecto de la comisaria europea Viviane REDING[30], está en que incluso el Grupo de expertos que redactó el primer borrador del CESL (el llamado *Feasibility Study* o "Estudio de viabilidad", publicado el 3 de mayo de 2011)[31] descartó incorporar en él reglas especiales del consumidor de contenidos digitales, aunque la Comisión Europea abrió un breve proceso de consulta sobre la necesidad de integrar esas reglas[32], como finalmente sucedió unos pocos meses después en el CESL.

En lo que al presente ensayo respecta, el proceso europeo no quedó cerrado con la promulgación de la Directiva 2011/83. Expirado el plazo de transposición de ésta (el 13 diciembre 2013) y la obligatoria entrada en vigor de todas las medidas de transposición para el 13 de junio de 2014, unos pocos días después la Comisión Europea publicó una "guía" (en adelante, *DG Justice Guidance Document* o "Guía DG-2014") sobre la Directiva, con miras a "facilitar su efectiva aplicación"[33], en la cual se expresan importantes interpretaciones sobre ciertas reglas relativas a los contenidos digitales y se agrega un anexo I con un modelo voluntario sobre el suministro al consumidor de la información sobre productos digitales *online*, cuyo examen se acometerá también en las próximas páginas.

1.2.2. Recuento de las nuevas reglas y aspectos no abordados

---

conteindos digitales en la futura Directiva de derechos de los consumidores o en CFR? 2) ¿Se recomienda incluirlo en la Directiva (ventajas/inconvenientes)? 3) Si en la Directiva, ¿cómo definirlos y en qué capítulo/s)" (traducción propia).

[30] REDING, V., "The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers", discurso pronunicado en la Conferencia *Towards a European Contract Law*, Universidad de Leuven, 3 junio 2011 (disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-411_es.htm; fecha de consulta: 24 julio 2014), p. 8: "I therefore want to ensure that the optional instrument takes such digital situations into account".

[31] EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses:Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, Brussels, 2011 (disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:ES:PDF).

[32] Así, en el documento citado en la nota anterior (*op. cit.*, p. 9, bajo el epígrafe "next steps", § 7), la Comisión Europea preguntaba en consulta pública: "El texto del Grupo de Expertos sólo cubre los soportes duraderos en los que el contenido digital puede ser suministrado. ¿Cree ud. que el instrumento de Derecho contractual europeo debería cubrir también al contenido digital mismo (tanto si es suministrado en soporte duradero o directamente descargado de internet)?" (traducción propia) y continuaba, en caso de respuesta afirmativa, con tres preguntas más concretas sobre la forma de regularlo.

[33] EUROPEAN COMMISSION, *DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU*, Brussels, 20 junio 2014 (disponible en http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf; fecha de consulta y documento que se cita: 23 junio 2014, idéntico a 18 septiembre 2014). La Dirección General de Justicia plantea esta como un "documento vivo" que será completado y actualizado en caso de estimarse necesario. Con él pretende dar directrices sobre los conceptos y reglas de la directiva e incluye ejemplos prácticos "que muestran cómo la Directiva debería operar".

En definitiva, la nueva protección integrada en el ordenamiento español por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, al transponer[34] la Directiva 2011/83, sustancialmente contiene tres novedades expresas, que directamente modulan el régimen legal para adaptarlo a los contenidos digitales, y otra serie de novedades más o menos implícitas o tangenciales que se aplican tanto a los contratos sobre contenidos digitales como sobre otros bienes y servicios:

a) Entre las primeras (*novedades expresas y exclusivas*) están la nueva *definición* de "contenidos digitales" ("los datos producidos y suministrados en formato digital")[35], que quedan así distinguidos de la definición general de "bienes"[36]; los nuevos requisitos de *información* precontractual sobre contenidos digitales, aplicables a todos los contratos[37] y no sólo a los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento comercial[38], que es el ámbito primordial (pero no exclusivo) de la Directiva; y, en particular, la obligatoria información sobre la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos digitales; el derecho de *desistimiento* de los contratos sobre contenidos digitales, con especial tratamiento del *dies a quo* para su ejercicio[39], los supuestos en que desistir no comporta coste alguno para el consumidor[40] y las excepciones al derecho de desistimiento[41].

b) Entre las segundas (*novedades implícitas o tangenciales*) y sin ánimo exhaustivo, cabe destacar las derivadas de la transposición del art. 17 de la Directiva[42]: los límites a las tasas por uso de ciertos medios de pago[43], el consentimiento expreso para pagos adicionales[44] o el límite a la tarifa básica por el empleo de comunicaciones telefónicas[45]. Además, las consecuencias del suministro no solicitado se extienden también *expressis verbis* a los contenidos digitales[46].

---

[34] Salvo algún matiz que merece la forma de transponer la noción de "bienes" (*infra*) o algún pequeño desliz de remisiones, en los preceptos relativos a los contenidos digitales que aquí se examinan la transposición no es sólo fiel, sino una pura reproducción del tenor literal de la Directiva.

[35] Art. 59 bis 1.*i)* TR-LGDCU = art. 2.11 Directiva 2011/83.

[36] Cfr. art. 59 bis 2 TR-LGDCU y art. 2.3 Directiva 2011/83 (sobre ello y los problemas que plantea la inserción de ambos conceptos en el TR-LGDCU, *infra*, 2.2).

[37] Arts. 60.1.*i)-j)* y 60.3 TR-LGDCU = arts. 5.1.*g)-h)* y 5.2 Directiva 2011/83.

[38] Arts. 97.1.*s)-t)* y 97.2 TR-LGDCU = arts. 6.1.*r)-s)* y 6.2 Directiva 2011/83.

[39] Art. 104.*c)* TR-LGDCU = art. 9.2 Directiva 2011/83.

[40] Art. 108.4.*b)* TR-LGDCU = art. 14.4.*b)* Directiva 2011/83.

[41] Art. 103.*m)* TR-LGDCU = art. 16.*m)* Directiva 2011/83.

[42] Este artículo versa sobre el "ámbito de aplicación" del capítulo IV de la Directiva ("Otros derechos de los consumidores"), no ceñido, por tanto a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera de establecimiento, que son el núcleo de la regulación armonizada; el artículo 17 Directiva 2011/83 decanta qué artículos de ese capítulo se aplican y cuáles no al suministro de contenido digital, sin más especificación o sólo en relación a los proporcionados en un soporte material.

[43] Art. 60 ter TR-LGDCU = art. 19 Directiva 2011/83.

[44] Art. 60 bis TR-LGDCU = art. 22 Directiva 2011/83.

[45] Art. 21.2 TR-LGDCU = art. 21 Directiva 2011/83.

[46] Art. 66 quater TRLGDCU = art. 27 Directiva 2011/83 (este precepto, en la Directiva está ubicado en el Capítulo V sobre "Disposiciones generales" y se retoma en esta sede postrera y casi marginal por las razones expuestas en los considerandos 60 y 61 de la Directiva).

Finalmente, existen otras novedades derivadas de la expansión de reglas ya existentes (en Directivas anteriores y en el TR-LGDCU) a los contratos sobre contenidos digitales, sin mención expresa de éstos, como por ejemplo, entre otras, las relativas a los requisitos formales y de información[47].

Dado el carácter genuino de las novedades expresas y directas antes relacionadas frente a las más implícitas o tangenciales, que se aplican igualmente a otros contratos sobre otro tipo de bienes o servicios, este artículo se centrará sólo en las primeras.

Existen, por lo demás, otra serie de *reglas cuya aplicación expresamente se ha excluido* por imperativo de la Directiva respecto a los contratos sobre contenidos digitales (proporcionados sin soporte material)[48]: el régimen de la entrega de los bienes[49] y el de la transmisión de los riesgos en la compraventa de consumo[50]. Estas dos materias, en cambio, sí figuran, debidamente adaptadas a los contenidos digitales en la Propuesta de Reglamento CESL, junto con asuntos tan cruciales para todo contenido digital (con o sin soporte material) como la conformidad del contenido digital (su calidad) con el contrato, los remedios especiales que el objeto reclama, la consagración de algunas cláusulas abusivas *ad hoc* o la responsabilidad civil por daños causados por contenidos digitales defectuosos, por citar sólo algunas[51]. Tampoco estos aspectos, no específicamente incorporados por la Ley 3/2014, se abordarán aquí, si bien muestran, por una parte, la punta del iceberg de los problemas jurídicos específicos que los contenidos digitales plantean y, por otra parte, que el proceso de adaptación del Derecho de consumo al entorno digital no ha hecho más que comenzar.

2. CATEGORÍAS, CONCEPTOS, NATURALEZAS: ¿CRUCIALES O PRESCINDIBLES?

47 Para más detalle, *vid. infra*, apartado 3 de este artículo.

48 Por lo tanto, los arts. 66bis (entrega) y 66ter (transmisión del riesgo) TR-LGDCU sí serán de aplicación a los contratos en que el suministro del contenido digital se efectúa mediante un soporte material, como puede ser el envío de un CD, DVD o Blu-Ray. *Vid. infra* 2.2.

49 Art. 66 bis TR-LGDCU = art. 18 Directiva 2011/83.

50 Art. 66 ter TR-LGDCU = art. 20 Directiva 2011/83.

51 En castellano, un breve pero ilustrativo recuento crítico de las reglas contenidas en el CESL sobre esta materia puede verse en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., "Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL", en CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Tratado de la compraventa*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, I, 2013, pp. 758-761. Hasta la fecha, el artículo más completo y enjundioso sobre el problema central de la conformidad del contrato en relación con los contenidos digitales en el CESL, es el de YANGUAS GÓMEZ, R., "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", en CÁMARA LAPUENTE/ARROYO AMAYUELAS, *La revisión...*, cit., pp. 471-507. *Vid.* también el sugerente trabajo de SPINDLER, "Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento...", *ibidem*, cit., pp. 457-470. En inglés, por su incidencia en la forma final del CESL en esta materia, por todos, LOOS, M., HELBERGER, N., GUIBAULT, L., MAK, CH., "The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law", *European Review of Contract Law*, 6, 2011, pp. 729-758.

La Ley 3/2014 incorporó ordenamiento español una serie de nuevas nociones y sus definiciones (art. 59 bis TR-LGDCU), provenientes de la Directiva 2011/83, y adoptó el mismo enfoque que ésta en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos sobre contenidos digitales. Dada su (al menos aparente) trascendencia para la aplicación de cada regla, es preciso averiguar primero si estos *contratos* caen en el molde de alguno de los contratos privados típicos e indagar después, dada la variedad de *objetos de la prestación contractual*, qué debe entenderse por "contenido digital", desenmarañando el nuevo concepto legal de otros igualmente insertos en el TR-LGDCU como los "bienes", los "productos" y los "servicios". Con ambas indagaciones se conseguirá delimitar las reglas realmente aplicables a los contratos sobre contenidos digitales y se despejará alguna peligrosa incógnita propiciada por la sobreabundancia de nociones legales colindantes sobre los bienes jurídicos y la compleja estratificación del TR-LGDCU en diversos ámbitos de aplicación por secciones o bloques.

2.1. El contrato sobre contenidos digitales: ¿compraventa *vs.* servicios? ¿Un *tertium genus*?

2.1.1. Las categorías contractuales típicas, las dificultades de encaje y la decisión del legislador

Tanto el TR-LGDCU, como la Directiva 2011/83, como el CESL y otras normas de cuño europeo[52] parten de la *summa divisio* entre el contrato de compraventa y contrato de servicios, sin contemplar otros tipos contractuales. En el caso de la UE, la causa parece estribar en el apego del legislador a las categorías de las libertades fundamentales del Derecho primario y esa autolimitación de tipos contractuales puede considerarse una deficiencia del sistema[53]; en el caso del TR-LGDCU español, las referencias a bienes/productos/servicios y el foco en el paradigma contractual de la compraventa parecen agotar el espectro, sin referencias expresas a otros contratos tan al uso en el ámbito del consumo como el contrato de obra[54]. El legislador español (y la Directiva) se refieren en diversos pasajes al "*suministro* de contenidos digitales". En el

[52] Sobre ello VAQUER ALOY, A., "Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general", en CÁMARA LAPUENTE/ARROYO AMAYUELAS, *La revisión*..., cit., p. 423 y ss.

[53] SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 5.

[54] *Vid.* al respecto ALBIEZ DOHRMANN, K. J. , RODRÍGUEZ MARÍN, C. (Dirs.), LÓPEZ FRÍAS, A. (Coord.), *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014, Y, en particular, sobre la ausencia de contemplación de este contrato en los textos europeos y en el TR-LGDCU, respectivamente, las contribuciones de VILLANUEVA LUPIÓN y K. J. ALBIEZ DOHRMANN en ese volumen.

ámbito comparado no existe uniformidad a la hora de calificar la naturaleza jurídica de los contratos sobre contenidos digitales[55].

El legislador tenía en su mano diversas posibilidades: incluirlo en una u otra de las categorías de contratos de consumo ya reguladas (en la compraventa[56], como hizo finalmente el CESL, o en el contrato de servicios[57]); hacerlo según el tipo de contenido digital[58] o, desde perspectiva similar, distinguir entre "bienes digitales" y "servicios digitales" (como se propuso en los primeros borradores para regular la materia y se descartó después)[59]; apelar a algún otro tipo de categoría contractual con más o menos arraigo, pero poco asidero legal (el contrato de suministro, el contrato de licencia de uso); crear un *tertium genus* contractual, etc. Finalmente *optó por eludir la calificación jurídica creando un régimen a medida, transversal, funcional e independiente de las categorías contractuales* existentes; para ello moduló algunos de los mecanismos de protección propios de las relaciones de consumo (sobre todo información y desistimiento, pero también formación del contrato, etc.[60]) para adaptarlos debidamente a los contratos sobre contenidos digitales. Para despejar cualquier duda, el importante

---

55 Lo pone de manifiesto, con un repaso de las distintas soluciones nacionales, el informe final comparado UNIVERSITY OF AMSTERDAM *ET. AL.*, *Digital content services for consumers. Analysis of the applicable...*, cit., pp. 28-41. Un repaso de soluciones divergentes dentro de la propia jurisprudencia francesa puede verse en HELBERGER *ET AL.*, "Digital content contracts...", cit., pp. 42-43.

56 Numerosas voces abogaron antes de la Directiva y del CESL por unificar el régimen y considerar todo contrato sobre contenido digital como compraventa (salvo en caso de *streaming*), sobre consideraciones tales como la identidad como producto de un libro en papel y de un libro electrónico descargado: en este sentido, BEUC, *How to include digital products into the consumer rights Directive? BEUC proposal for amdendments*, 5 octubre 2010, Ref X/072/2010 (disponible en http://www.beuc.eu/publications/2010-00606-01-e.pdf), pp. 2-3, y también su Position Paper X/060/2010, de 6 septiembre 2010, en la misma línea. También tras la Directiva BEUC (The Europea Consumer Organisation) ha sostenido que el contenido digital debería ser tratado como bienes tangibles de cara a la protección del consumidor (BEUC, "Digital products: EU consumers need clear rights. BEUC position paper", ref. X/2012/099, de 10 diciembre 2012, p. 5).

57 Proponía en 2010 JACQUEMIN, basándose en la distinción entre contenido y medios para difundirlo, que aquéllos siempre son bienes intangibles, con independencia del cauce del suministro, y sugería considerar compraventa su suministro en soporte material y contrato de servicio cuando fuese descargado, accedido de cualquier forma o ejecutado en línea: JACQUEMIN, H., "Digital content and consumer protection within European Law", *The 8th international workshop for technical, economic and legal aspects of business models for virtual goods: incorporating the 6th international ODRL workshop, September 30th-October 1st 2010 Namur, Belgium*, Presses Universitaires de Namur, Namur, 2010, pp. 46-47.

58 Y sin necesidad de apegarse necesariamente sólo a los contratos de compraventa o de servicios. Por ejemplo, SPINDLER (*op. cit.*, p. 461) califica el suministro de obras audiovisuales en *streaming* como alquiler (de bienes muebles). O incluso cabe pensar en contratos mixtos o complejos en caso de algunas prestaciones híbridas, como el llamado "sofware como servicio"o "SaaS", por ejemplo para edición de documentos o fotografías en línea.

59 Así, el Parlamento Europeo trató de enmendar la Propuesta de Directiva de derechos de los consumidores con una definición de *digital goods* y el grupo de Ámsterdam la asumió y completó con otra sobre *digital services*, aunque el debate posterior demostró que la distinción no era nítida ni ventajosa y se optó por una definición única de *digital contents*; para los detalles y textos de esta tentativa, YANGUAS GÓMEZ, "El principio de conformidad...", cit., p. 474.

60 *Supra*, apartado 1.2.2.

considerando 19 de la Directiva 2011/83 –que no se reproduce ni menciona en la Ley 3/2014 y quizás hubiera sido conveniente por su calado– advierte, de forma contundente, que esto es una opción legal deliberada, en los siguientes términos:

> "(...) los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o *los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios.*"

Este considerando, conforme al cual ha de interpretarse la vigente normativa española, por lo tanto, veta –naturalmente a efectos de las reglas contenidas en el TR-LGDCU como resultado de la transposición, no a efectos de otras normas del propio TR, ni de otras sectoriales ni, mucho menos, de la calificación que merezca ese contrato conforme a la legislación general de Derecho privado– la calificación del contrato sobre contenidos digitales *on line* como contrato de venta o de servicios. Aunque esa decisión puede ser sometida a crítica[61], ciertamente el enfoque funcional soluciona buena parte de los problemas concretos que plantean estos contratos[62] y evita clasificaciones legales que en algún caso podrían producir disfunciones.

La aplicación del considerando a nuestro sistema jurídico merece otras dos reflexiones: en primer lugar, en ese *tertium genus* el contrato sobre contenidos digitales en línea queda equiparado o comparte naturaleza *sui generis* con los contratos de *suministro de agua, gas y electricidad*, sin volumen delimitado o en cantidades determinadas y con los contratos de *calefacción* mediante sistemas urbanos, como puede comprobarse también en el articulado del TR-LGDCU; de fondo late la necesidad de ajustar el derecho de desistimiento a estos contratos que, en ese punto están más próximos a los servicios que a la compraventa. En segundo lugar, una lectura apresurada podría llevar, en interpretación *a contrario*, a un resultado incierto o, al menos, matizable: los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material (enteramente *on line*, pues) no han de considerarse ni compraventa ni servicios a estos efectos, pero *¿los contratos sobre contenidos digitales con soporte material (off line) deberían considerarse en todo caso*

---

[61] Muy crítico se muestra GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Compraventa...", cit., p. 755, en relación con la Directiva. Para él, "ello provoca que este nuevo tipo contractual sea, si no totalmente impredecible, sí ciertamente voluble, lo que supone una merma de seguridad jurídica no aconsejable en el entorno de la distribución en línea de contenidos". Sobre los peligros de que el Derecho de la UE huya de las categorías contractuales asentadas y las indeseadas consecuencias de ese proceder, CÁMARA LAPUENTE, S., "Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del Derecho del consumo según la jurisprudencia comunitaria (Comentario a la STJCE de 10 de marzo de 2005, EasyCar (UK) Ltd vs. OFT sobre el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9, 2006, pp. 375-405.

[62] En palabras de YANGUAS GÓMEZ ("El principio de conformidad...", cit., p. 475), este proceder "puede en todo caso representar un problema ontológico no resuelto, pero en todo caso ofrece una *solución funcional* que proporciona respuestas (...)".

como compraventa?[63] El citado considerando 19 no llega a plasmar esa conclusión sino que, antes bien, añade: "si se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD debe considerarse un *bien* a efectos de la presente Directiva". Repárese en que el legislador europeo lleva la clasificación del plano de los contratos (compraventa/servicios) al plano del objeto contractual ("bien"). Inferir de ahí el silogismo "contenido digital con soporte material igual a compraventa" será certero en la mayoría de los casos, pero puede que no en todos (contratos sin precio de ningún tipo[64], cesión onerosa de estos "bienes" que pueda encajar en otro tipo contractual, como el alquiler mobiliario de una película o videojuego en DVD u otro soporte, sin ir más lejos, o la permuta, el comodato, etc.); más aún, como ahora se verá, la peculiaridad jurídica de la transmisión del contenido digital en un soporte material, obliga a desmembrar la transferencia de la propiedad de dicho soporte mediante compraventa y la mera cesión limitada del uso del contenido digital en sí por las restricciones derivadas de la propiedad intelectual concurrente.

2.1.2. Algunos rasgos genuinos de los contratos sobre contenidos digitales (propiedad, uso y contenidos digitales con y sin "soporte material", off line/on line).

La peculiaridad de los contenidos digitales como bienes inmateriales o incorporales estriba en que propiamente *no se produce una transmisión de su propiedad, sino una copia de los datos* originales, una copia con la misma calidad que el original[65], que se podrá entregar por internet o enviar mediante un soporte físico, *junto con un permiso de uso limitado*. Incluso existen formas de suministro del contenido digital, como la pura transmisión en línea en tiempo real (*streaming*), en las que propiamente *no existe copia* que quede bajo el poder o control del usuario, de forma que la calificación jurídica del contrato no podrá ser de compraventa, sino de servicio, obra o, acaso, dudosamente, de alquiler. Estas ideas, junto a la ya apuntada distinción entre el contenido digital en sí y el medio en que se distribuye, permiten entender mejor la decisión legislativa adoptada (neutralidad de la calificación contractual) y, al abundar en algunos rasgos propios de estas relaciones jurídicas, ayudan a calibrar los posibles tipos contractuales con que calificarlos, que sí tienen incidencia en otros ámbitos (propiedad intelectual, legislación civil general, fiscalidad, etc.).

---

63 Al margen de la Directiva, en el Derecho comparado existen numerosas opiniones nacionales equiparando contrato electrónico de servicios digitales por internet como servicio y contrato suministrado en soporte tangible como compraventa. Ya respecto a la Directiva, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ ("Compraventa...", cit., p. 754) trasluce ese parecer extendido al señalar que la Directiva hace "irrelevante el hecho de que el consumidor acceda al contenido digital por medios inmateriales (como servicio a través de internet) o embebido en un soporte tangible (como producto), aceso que normalmente se producirá a través de la compra (o alquiler) de dicho soporte".

64 Aunque *vid.* el apartado siguiente sobre la gratuidad.

65 SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 3.

a) En los contratos sobre "contenidos digitales que se presten en un *soporte material*" (siguiendo la terminología del TR-LGDCU y la Directiva)[66] es preciso distinguir el contrato de *compraventa* basado en el traspaso de posesión y propiedad del tradicionalmente llamado *corpus mechanicum* (CD, DVD) y la *licencia de uso* del *corpus mysticum*, esto es, del contenido digital en que consiste la obra o prestación incorporada a dicho soporte. Dicho en otros términos, mientras se transmite la propiedad del soporte, sólo se cede el uso del contenido[67]. De ahí que a través de la aún evanescente (en nuestro sistema) categoría del contrato de "licencia de uso"[68] –o, en su caso, de otras calificaciones– se delimiten los usos permitidos y prohibidos al usuario legítimo final, normalmente a través de las condiciones generales aparejadas a esa contratación. De ahí también la importancia, de cara a la conformidad de ese bien con el contrato celebrado, de la información precontractual y de la correcta incorporación de las cláusulas no negociadas para componer la expectativa razonable del consumidor.

b) El *uso cedido* a través del contrato sobre contenidos digitales puede ser un *uso permanente o un uso temporal*. En ambos casos, pero de forma más notoria en el segundo, el uso puede estar sometido a determinados límites (contractuales y/o tecnológicos) como en número de reproducciones o visualizaciones posibles, el número de copias permitidas en dispositivos diversos, etc. Cuando el uso se cede onerosamente *de forma indefinida, sin límites temporales*, el contrato normalmente revestirá el carácter de *compraventa* con transferencia de la propiedad de la copia, que no del contenido (equiparándose así la compra de un libro o un CD con la descarga por internet de un libro electrónico o de un álbum de canciones); un ejemplo de la incidencia en la calificación jurídica del contrato de que la cesión del uso sea ilimitada en el tiempo de cara a considerar el contrato como compraventa puede verse en la STJUE 3 junio 2012

---

66 Terminología que a la propia Comisión Europea debe de parecer farragosa, pues en la citada Guía de junio de 2014 de la DG de Justicia prefiere, para los legalmente denominados en la Directiva "*contracts for digital content wich is not supplied on a tangible medium*", optar por la denominación de "*contracts for online digital content*" (*DG Justice Guidance*, cit., p. 64), e incluso en sus epígrafes alude, en vez de a "contenidos digitales", a "*online digital products*" (*ibidem*, pp. 64 y 69).

67 Aunque resulta una obviedad recordarlo, en el diseño del Derecho de propiedad intelectual, el titular de los derechos de explotación anejos a ella no tiene obligación alguna de cederlos al usuario final o beneficiario, al consumidor en definitiva, pues la explotación de este tipo de propiedad no se basa en el modelo de "compraventa de la obra".

68 Ya el *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo* (cit., 8 de febrero de 2007, § 5.1, p. 25) expresamente decía que "el contenido digital es habitualmente licenciado más que vendido a los consumidores". Para el Derecho español, YANGUAS/CÁMARA, "Spain", 2011, cit., p. 318. Sendos compendios de Derecho comparado mostrando las disparidades de calificación sobre este punto, en HELBERGER *ET AL.*, "Digital content contracts...", cit., pp. 43-44 y SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, pp. 7-8. Recientemente, el EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI) ha propuesto, con diversos argumentos, que el aspecto de la licencia de uso (*licence agreement*) se incorpore a la definición de la venta de contenidos digitales del CESL (EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law. 1st Supplement: Reactions to the Draft Report of 18 February 2013 on the EP Committee on Legal Affairs*, Vienna, 2014, pp. 19-20).

(caso *UsedSoft*)[69], que así consideró la reventa de programas de ordenador descargados *on line*. En cambio, si se *cede un uso temporal* –como puede suceder, típicamente, con la descarga de contenidos con limitaciones técnicas que impiden el uso pasado un tiempo[70] o tras un número de visualizaciones–, el contrato difícilmente encajará en la compraventa, sino en otros tipos contractuales. Entre éstos, cabe destacar el de *arrendamiento mobiliario* cuando junto con el goce oneroso y temporal se den otros rasgos como el control autónomo del bien por el usuario[71], exclusivo y con obligación de restitución[72]; en el caso de los contenidos digitales, como bien recuerda la SAP Barcelona 8 mayo 2012 (sobre alquiler de programas de ordenador), la devolución o restitución no pasa por la entrega física de la copia o archivo, sino por la desinstalación[73]. Si no se dan esos requisitos o concurren otros factores (prestaciones personalizadas, servicios anejos que cobran más importancia que la cesión del uso en sí, etc.), el contrato de contenidos digitales merecerá otras calificaciones, como contrato de servicios, de *renting*[74], etc.

c) ¿*Por qué* introduce el legislador (europeo y, siguiéndolo, el español) *distinciones* relativas a los contenidos digitales distribuidos *con o sin soporte material*? Frente a numerosas voces que proponen un régimen legal uniforme para ambos supuestos[75], con alegación de la identidad funcional y económica del mismo contenido digital suministrado *on line* y *off line* (un libro, por ejemplo), y pese a que la definición legal[76] no hace distingos y el propio legislador europeo subraya que el canal de distribución es irrelevante para ese concepto legal de "contenido digital"[77], lo cierto es

---

69 Sobre ella y la cuestión del agotamiento del derecho de distribución aplicado a programas de ordenador (y, en su caso, otras obras o prestaciones digitales), *vid. infra* en el siguiente apartado. Por su parte, el ELI, de forma enfática, defiende –en la configuración del régimen del CESL– la plena consideración de la licencia de uso por tiempo indefinido como un derecho de propiedad sobre la copia que ha de calificarse como compraventa: EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement on the Proposal… [1st Supplement]*, cit., p. 19, §§ 23-24.

70 V.gr., 48 horas para ver una película, inoperativa tras ese plazo.

71 Que se producirá tanto cuando se le haya cedido el contenido digital en un soporte material como cuando se haya descargado en su ordenador, pero presumiblemente no cuando el goce se produzca mediante *streaming*.

72 Para la explicación de éstos y otros rasgos y su aplicación al arriendo de bienes inmateriales, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Mayor, 2008, pp. 26 y ss. y 42; ID., "El arrendamiento de bienes muebles", en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Mayor, 2014, tomo III, p. 590 y ss.

73 Por su parte, la SAP Barcelona 5 marzo 2001 (alquiler de videojuegos) recuerda la incidencia de la propiedad intelectual en el uso cedido mediante arrendamiento.

74 *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., "El contrato de *renting*", en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Contratos*…, 2014, cit., III, p. 723 y ss.

75 JACQUEMIN, "Digital content…", cit., pp. 46-47; BEUC, *Digital products*…, cit., p. 5; ELI, *Statement*…, *ibidem*.

76 Art. 59 bis 1.*i)* TR-LGDCU = art. 2.11 Directiva 2011/83

77 Según el citado considerando 19 de la Directiva 2011/83, contenido digital son los datos producidos y suministrados en formato digital "*independientemente de si se accede a ellos a través* de descarga o emisión en tiempo real, *de un soporte material o por otros medios*", aunque como ya se ha

que existen unas pocas reglas que sólo son aplicables a los contenidos digitales suministrados sin soporte material (enteramente *on line*). Se trata, en concreto y sólo, de algunas precisiones relativas al derecho de desistimiento[78], pues los requisitos de información son idénticos, medie o no soporte material, ya que aspectos como las medidas tecnológicas de protección o la codificación regional podrán operar respecto a contenidos digitales suministrados por una u otra vía[79]; otros preceptos, directamente eluden la distinción y se declaran aplicables a todo contenido digital[80]. Es posible aventurar algunas razones para las citadas reglas distintivas:

(i) Aunque propiamente no ha sido el objetivo de Ley 3/2014 (*ex* ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83), el suministro de contenido digital a través de soporte material, al merecer la consideración de "bien"[81] mueble corporal o, en términos del TR-LGDCU, de "producto", merecerá sin duda la *aplicación de las reglas relativas a contratos sobre bienes muebles* –incluidas las nuevas reglas sobre entrega y transmisión del riesgo–[82] *y, en particular, al de compraventa* (*conformidad*), cuya aplicación acaso podría discutirse[83] respecto a los puros contenidos digitales suministrados sin soporte tangible.

(ii) Como telón de fondo de las distinciones entre el suministro mediante soporte material o sin él, dados los derechos de propiedad intelectual que usualmente afectan al contenido digital, está el *agotamiento del derecho de distribución* del titular de la propiedad intelectual tras la primera "venta u otro título de transmisión de la propiedad en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento" (art. 19.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, TR-LPI)[84]. Como es sabido, el *status quo* en el

---

examinado (*supra*, 2.1.1) a continuación hace algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica del contrato o su objeto cuando el suministro se produjo a través de soporte material o sin él.

78 En concreto, arts. 103.m, 104.c y 108.4.b TR-LGDCU (= arts. 16.m, 9.2 y 14.4.b Directiva 2011/83, respectivamente).

79 De hecho, la mención expresa a que esos requisitos de funcionalidad e interoperabilidad del "contenido digital" (sin más distingos) establecidos en los arts. 60.2.i-j y 97.1.s-t TR-LGDCU se aplicarán "*también*" al los contratos sobre "contenido digital que no se preste en un soporte material" (como indican los arts. 60.3 y 97.2) no debe entenderse más allá de un recordatorio o refrendo ("también") que no admite en absoluto interpretación *a contrario* que excluya el deber de información para los contratos de contenido digital suministrados en un soporte material.

80 En este sentido, por efecto del art. 17 Directiva 2011/83, los arts. 19, 21 y 22, así como el art. 27 o el 30 de la Directiva –y sus correlativos, a excepción del art. 30, que es un mandato a la Comisión Europea sobre seguimiento del impacto del régimen legal, en el TR-LGDCU, enumerados *supra*, 1.2.2.–

81 Considerando 17 de la Directiva 2011/83.

82 *Vid. supra*, nota 48.

83 En el marco legal europeo, más que en el español, según se explica *infra* (2.2).

84 Precepto introducido en la LPI española por la Ley 23/2006, de 7 de julio, similar al art. 4.2 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (y este art. 4.2 de la Directiva 2001/29, originario a su vez del art. 6.2 del Tratado OMPI sobre derecho de autor, Ginebra, 20 diciembre 1996).

régimen europeo de la propiedad intelectual en el momento de aprobarse la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores, según la interpretación más consolidada, suponía que el titular de la propiedad intelectual no podía prohibir la ulterior distribución de los originales o copias físicas ("un soporte tangible", en los términos del art. 19.1 TR-LPI), después de haber autorizado la primera transmisión de la propiedad de dicha "copia fijada" puesta en circulación o "ejemplar" en el sentido de "objeto tangible"[85] (CD, DVD, libro físico, etc.). En cambio, no existía *expressis verbis* un paralelo agotamiento en caso de la primera cesión de uso de un producto digital suministrado sin soporte material; de hecho, la Directiva 2001/29 sobre derechos de autor señala respecto al paralelo (para el mundo de internet) derecho de comunicación al público (sin soporte tangible), que "ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2"[86]. Por su parte, la Directiva 2009/24 sobre protección jurídica de programas de ordenador establece también el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta en la Unión Europea de un programa por su titular. Ahora bien, tras la polémica STJUE (Gran Sala) de 3 julio 2012 (caso *UsedSoft*)[87], que admitió la validez de la comercialización de licencias de uso de programas de ordenador descargados en internet mediante reventa (licencias de segunda mano), por entender que el derecho de distribución de la copia del programa –descargado por internet, sin haber sido suministrado en soporte material– se agotó al haber concedido su titular un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración, que equivale a una transmisión de la propiedad de dicha copia, similar a la que se produce en una compraventa del soporte material en que se suministra el programa de ordenador[88]. Aunque el impacto de la

---

85 Según las expresiones con que explica los términos "originales y copias" en el contexto del derecho de distribución y el derecho de alquiler la declaración concertada respecto a los arts. 6 y 7 del Tratado OMPI sobre derecho de autor de 1996.

86 Art. 3.3 Directiva 2001/29. Cfr. el considerando 29 de esta Directiva, que expresamente señala que "el problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea".

87 STJUE 3 julio 2012, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, asunto C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407

88 Para llegar a esas conclusiones, cuyo examen requeriría un detenimiento que no procede a los fines de este ensayo, cabe destacar en palabras de la propia STJUE 3 julio 2012, algunas claves argumentales: en primer lugar, el Tribunal considera que, a efectos de la Directiva 2009/24 sobre programas de ordenador, "la descarga de una copia de un programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso forman un todo indivisible" y "ambas operaciones deben examinarse en su conjunto a efectos de su calificación jurídica" (§ 44); ambas operaciones "implican la *transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa* de ordenador de que se trata" (§ 46). En segundo lugar, "es indiferente (…) que la copia del programa de ordenador haya sido puesta a disposición del cliente por el titular de los derechos de que se trate mediante la descarga de la página web de éste o mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD" (§ 47). En tercer lugar, "si no se interpretara ampliamente el término 'venta', en el sentido de que engloba todas las modalidades de comercialización de un producto que se caractericen por la entrega de un derecho de uso de una copia de

sentencia sigue siendo inseguro, oscilando entre la posibilidad de acotar esa solución exclusivamente a la reventa de programas informáticos *on line*[89] y la posibilidad de expandir la solución a cualesquiera contenidos digitales suministrados sin soporte material[90], lo cierto es que en el proceso de revisión de la normativa europea sobre propiedad intelectual, en curso, clarificar esta cuestión ha ganado preeminencia. Desde el punto de vista de los derechos de los consumidores y de su naturaleza jurídica, la trascendencia de la cuestión puede formularse así: "*¿descargar para adquirir la propiedad del contenido digital?*"[91], que, por ende, permitiría revender, alquilar o explotar de alguna otra forma la copia informática obtenida. A esta pregunta, planteada por la Comisión Europea en diciembre de 2013[92], se han sucedido respuestas encontradas, con diversos argumentos, entre quienes se pronuncian en sentido afirmativo a favor de nuevos derechos de los consumidores sobre la base de la discriminación injustificada en

---

un programa de ordenador por tiempo indefinido a cambio de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, se pondría en peligro el efecto útil de esta disposición, pues bastaría que los suministradores calificasen el contrato de 'licencia' en lugar de 'venta' para soslayar la regla del agotamiento, privando a ésta de toda eficacia" (§ 49). En cuarto lugar, el TJUE descarta la alegación de que la puesta a disposición de una copia de un programa de ordenador en la página web de su titular constituye una "puesta a disposición del público" que (art. 3.3 Directiva 2011/29) no puede dar lugar al agotamiento del derecho de distribución de la copia, porque "la existencia de una transferencia del derecho de propiedad transforma el 'acto de comunicación al público' previsto en el artículo 3 de dicha Directiva, en un acto de distribución contemplado en artículo 4 de la misma" (§ 52). En quinto lugar, el art. 4.2 de la Directiva 2009/24 sobre programas de ordenador (*lex specialis* en la materia), "al referirse sin más precisiones a la 'venta (…) de una copia de un programa' no hace ninguna distinción en función de la forma material o inmaterial de la copia de que se trate" (§ 55), de manera que la asimilación entre ambas fue voluntad del legislador de la Unión Europea y, por ende, el agotamiento del derecho de distribución "se refiere a ambas copias –materiales e inmateriales– de un programa de ordenador y, por tanto, también a las copias que, en el momento de su primera venta, se descargaron de Internet en el ordenador del primer adquirente" (§§ 58-59). En sexto lugar, el TJUE añade que "desde un punto de vista económico, la venta de un programa de ordenador en CD-ROM o DVD y la venta de un programa de ordenador mediante descarga en Internet son similares. En efecto, *la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material"* (§ 61), de donde colige la necesidad de interpretar la Directiva 2009/24 "a la luz del principio de igualdad de trato", entre otras consideraciones.

89 Por el supuesto de hecho y por el carácter de *lex specialis* de la Directiva 2009/24 (como en buena medida subraya la STJUE 3 julio 2012, §§ 51-56).

90 Por analogía y al amparo bien de una posible laguna legal o bien de la equiparación de la descarga con uso permanente a la distribución de un ejemplar físico.

91 Así lo formula ("*Download to own digital content"*) la COMISIÓN EUROPEA en su *Public Consultation on the review of the EU copyright rules* (cit., diciembre 2013, p. 13, cuestiones 13 y 14), que alude a que esta materia "plantea cuestiones difíciles" prácticas, como el control de que los revendedores no sigan usando copias de lo vendido o las implicaciones económicas de la creación e mercados de segunda mano de copias con una calidad perfecta que no se deterioran como ocurre con los bienes físicos de segunda mano.

92 Propiamente, las dos cuestiones englobadas bajo el título recogido en la nota anterior son: "13. *Have you faced restrictions when trying to resell digital files that you have purchased (e.g. mp3 file, e-book)*?" y "14. *What would be the consequences of providing a legal framework enabling the resale of previously purchased digital content? Please specify per market (type of content) concerned?"*

el mundo digital[93] y quienes, en representación de la industria, niegan categóricamente un cambio normativo más amplio en línea con la sentencia *UsedSoft*, a la que critican y cuyo impacto acotan al contexto de los programas de ordenador[94].

iii) Pero la auténtica y concreta razón por la que se han establecido legalmente esas reglas especiales para los contenidos digitales suministrados *sin* soporte material estriba en *aquilatar el régimen del desistimiento* aparejado a su indisociable adquisición mediante un contrato a distancia. En la tesitura entre excluir el desistimiento para ese tipo de contenidos y permitirlo, el legislador europeo optó por conceder tal derecho, pero estableciendo una serie de garantías para no vulnerar los derechos del suministrador y del titular de la propiedad intelectual, dado que la inmediata puesta a disposición del consumidor en línea de estos contenidos –con un valor que bien puede agotarse para el destinatario con el primer uso o bien podría perpetuarse sin coste para él con la confección de una copia idéntica antes del desistimiento– podría ser perjudicial para ese modelo de negocio enteramente *on line*. De ahí las reglas especiales del *dies a quo* del desistimiento, las excepciones al mismo y las sanciones al suministrador por no informar de su específico régimen legal cuando el contenido digital se preste sin soporte material.

---

93 Según BEUC, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules. Response*, Ref. BEUC-X-2014-013, Brussels, 5 marzo 2014 (disponible en http://www.beuc.eu/publications/beux-x-2014-013_kro_beuc_response_to_copyright_consultation.pdf, fecha de consulta 25 julio 2014), no existe justificación para el distinto trato entre la adquisición de obras digitales "físicas" e "intangibles", pues en ambos casos el consumidor paga por adquirir la obra y ser capaz de utilizarlas permanente y libremente. BEUC alega que la incesante sustitución del mercado de copias físicas por un mercado de copias intangibles beneficia sobre todo a los suministradores, con un trato desigual insostenible. En este sentido, califica como al menos "inseguro" si y en qué circunstancias el adquirente de canciones en una plataforma como iTunes puede lícitamente revender un álbum musical, cuando no cabe ninguna duda jurídica acerca de la reventa de un CD que contenga el mismo álbum. Por su parte, ELI (EUROPEAN LAW INSTITUTE WORKING GROUP ON EU COPYRIGHT LAW, *Response to the European Commission's Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Viena, 28 febrero 2014, p. 9), sin decantarse nítidamente por una u otra solución, apunta que en caso de adoptarse una posición liberal y favorable a la reventa de contenidos digitales, la Comisión Europea podría ofrecer ciertas garantías a los titulares de la propiedad intelectual por medio de la validez y defensa de medidas técnicas de protección.

94 DIGITAL EUROPE (*Response to the European Commission's Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, Brussels, febrero 2014 disponible en www.digitaleurope.org), como representante de la industria de tecnología digital en Europea (con 59 miembros corporativos y 36 federaciones empresariales nacionales) califica la STJUE en el caso *UsedSoft* como potencialmente dañina, creadora de confusión e incoherente, subraya que debe aplicarse sólo a programas de ordenador y dentro de las condiciones señaladas en la sentencia (agotamiento del derecho de distribución sólo si el revendedor destruyó la copia original) y, finalmente, aboga por dejar clara la distinción y diferente régimen de los contratos sobre archivos digitales y sobre bienes tangibles: según DIGITAL EUROPE, el concepto de posesión y propiedad es distinto en ambos ámbitos, asimilarlos pondría en riesgo nuevos modelos de negocio con precios distintos y afectaría a los servicios post venta (copias de seguridad, parches, mantenimiento, etc.). Además, según esta entidad, la STJUE introduce una arbitraria distinción entre categorías de obras, al someter sólo a agotamiento del derecho de distribución los programas de ordenador suministrados *on line*.

Como cuestión sin resolver por el legislador queda el *concepto de "soporte material"*, que no se incluye entre las nuevas definiciones (art. 59bis TR-LGDCU = art. 2 Directiva 2011/83). Tan sólo por vía de ejemplo el considerando 19 de la Directiva alude al "soporte material": "como un CD o un DVD". *¿Podría entenderse aplicable la nueva definición legal de "soporte duradero"* (*durable medium*, en la versión inglesa de la Directiva)[95] *al concepto de "soporte material"* (*tangible medium*) en este contexto? A mi juicio la respuesta debe ser *negativa*. La noción legal de soporte duradero fue concebida para garantizar la prueba de la existencia y el contenido de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes y alcanza más supuestos que los pretendidos con el concepto de "soporte material"; éste claramente apela a la entrega física en un medio corporal distinto del ordenador, teléfono o tableta del consumidor, por lo tanto, con entrega de un soporte fuera de línea (*off line*) y no cubre las descargas en el "disco duro del ordenador" ni el suministro directo en los dispositivos electrónicos del usuario ni a través de "correos electrónicos o SMS", que, en efecto, son, según la definición legal del art. 59bis 1.f TR-LGDCU, soportes duraderos, pero no, *iure condito*[96], "materiales", a los efectos buscados por la nueva Directiva (esto es, reglas *ad hoc* para descargas directas desde internet al ordenador o dispositivo del usuario).

2.1.3. La gratuidad: ¿también en los contratos gratuitos el consumidor debe quedar protegido?

En la huida del nuevo régimen legal de protección del consumidor digital de la calificación jurídica de los contratos concluidos por éste, tampoco existe pronunciamiento legislativo expreso acerca de si los contratos gratuitos sobre contenidos digitales quedarán amparados por las nuevas normas. Ni la Directiva

---

95 Según el art. 59bis 1.f TR-LGDCU (que reproduce casi idénticamente la definición del art. 2.10 de la Directiva y añade, en el inciso final los supuestos ejemplificativos explicitados en el considerando 23 de la Directiva, a los que añade los SMS), "soporte duradero" es: todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o *los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS*" (énfasis añadido).

96 Es evidente que desde un *punto de vista técnico* el disco duro del ordenador o los mensajes almacenados en la memoria del dispositivo electrónico son realidades físicas, implantadas en un soporte corporal/material y duradero. De fondo late la siempre controvertida calificación de los contenidos digitales sin soporte material como auténticos bienes muebles tangibles dado su almacenamiento en el disco duro del ordenador; esta calificación jurídica, habitualmente minoritaria en el Derecho comparado, se ha ensayado en distintos ordenamientos precisamente para habilitar la aplicación de la normativa europea sobre conformidad en la compraventa de "bienes muebles tangibles" a todo tipo de contenidos digitales. V. gr., ya en relación con la propia Directiva consideraban los programas informáticos como bien corporal al estar almacenados en un ordenador, corporal en sí, TENREIRO, M., GÓMEZ, S., "La Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et de las garanties de bies de consommation", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2000, p. 12; en Alemania, por ejemplo, también LORENZ, S., "Kommentar nach § 474 BGB", *Münchener Kommentar*, 4ª ed., Beck, München, 2004, III, párrafo 10, entre otros. El mismo debate sobre si considerar producto al programa informático se reproduce en sede de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos y su transposición.

2011/83 ni la Ley 3/2014 se refieren a ello. Por su parte, la propuesta de Reglamento Europeo CESL sí incluye los contratos gratuitos sobre contenidos digitales, aunque modula en tal caso algunas reglas sobre conformidad y responsabilidad civil por defectos[97], aspectos éstos no abordados en la Directiva ni (directamente, en apariencia)[98] en la transposición española.

A nuestro juicio *estos contratos gratuitos sobre contenidos digitales sí merecerán la nueva protección establecida en el TR-LGDCU*. Es un efecto más de la importante declaración ya examinada (*supra*, 2.1) en el considerando 19 de la Directiva 2011/83, que prohíbe calificar tales contratos como de venta o como de servicios; mientras en las nuevas definiciones legales de ambos contratos[99] se incluye el pago del "precio" como elemento esencial, al no poder calificase los contratos sobre contenidos digitales como compraventa o como contrato de servicios y no existir una definición legal que imponga la onerosidad o el requisito del precio como necesario para los contratos sobre contenidos digitales, éstos estarán sujetos al TR-LGDCU (y a la Directiva) aunque el consumidor no haya pagado un precio. A similar conclusión llega la Comisión Europea en su reciente interpretación de la Directiva[100], si bien introduce una muy cuestionable limitación, desde el punto de vista de la teoría general del contrato, al entender que en sí mismo el acceso a un sitio web o la descarga de materiales de ésta no debería ser considerado un "contrato"[101]. Esta afirmación, al menos desde el Derecho positivo

---

97 Expresamente los incluye en el art. 5.b CESL como contratos a los que podría aplicarse el futuro Reglamento Europeo ("tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no"). El art. 100.g CESL (Anexo I) introduce en el régimen de conformidad con el contrato de contenidos digitales que para determinar qué puede legítimamente esperar el consumidor habrá que tener en cuenta si pagó un precio o no. Por su parte, el art. 107 CESL (Anexo I) limita los remedios disponibles para el consumidor en caso de falta de conformidad cuando dicho contrato fuese gratuito así como los daños y perjuicios indemnizables, incluidos los causados a los equipos, programas y datos del adquirente. Para una crítica de ambas reglas y propuesta de soluciones alternativas más acordes con el Derecho español, *vid.* YANGUAS GÓMEZ, "El principio de conformidad…", cit., pp. 489-491. En las enmiendas al texto del CESL presentadas en febrero de 2014 por el Parlamento Europeo (*European Parliament legislative resolution of 26 February 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, P7_TA-PROV(2014)0158, ref. A7-0460/2013, Luxemburgo, 26 febrero 2014, p. 89) el Parlamento trata de ampliar a otros remedios distintos de la indemnización por daños los disponibles por falta de conformidad también en caso de contratos gratuitos sobre contenidos digitales, por entender que se concluyen a cambio de otras contraprestaciones no dinerarias (*vid.* enmienda 193, al art. 107 del Anexo I CESL) y el valor de esas contraprestaciones o, en su caso, la gratuidad absoluta se tiene presente en las enmiendas a otros artículos (v. gr., enmiendas 235 y 236 al art. 173 del Anexo I CESL, o enmiendas 242 y 243 al art. 174).

98 *Vid. infra*, 2.2.

99 Respectivamente, apartados a) y b) del art. 59bis 1 TRLGDCU (= apartados 5 y 6 del art. 2 Directiva 2011/83).

100 La *Guía DG-2014* (cit., p. 64, apartado 12.1), argumentando sobre la base de las definiciones de venta y servicio y la falta del requisito del precio en los contratos sobre contenidos digitales concluye con resaltado en negrita en el original: "contracts for online digital content are subject to the Directive even if they do not involve the payment of a Price by the consumer".

101 Tras la afirmación recogida en la nota anterior, la *Guía DG-2014* (*ibidem*) señala que al incluir los contratos gratuitos se expande considerablemente el ámbito de aplicación de la Directiva y parece tratar de acotarlo: "sin embargo, como la Directiva se aplica a 'contratos celebrados entre consumidores y

español[102], resulta en exceso tajante e indiscriminada a la luz de las reglas vigentes sobre oferta y aceptación, las vías tácitas de aceptación, la evolución de los *browse-wrap agreements* o acuerdos concluidos por medio de la navegación web, etc. y la diversidad de situaciones que presenta la realidad de internet, donde en la mayoría de los casos para la descarga de archivos indudablemente se habrá prestado un consentimiento expreso o tácito a un auténtico contrato.

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 (tanto las reglas expresas y exclusivas como el elenco de nuevas reglas que antes de han calificado como implícitas y tangenciales[103], *supra* 1.2.2).

Por lo demás, en un concepto amplio de onerosidad, debe tenerse en consideración que muchos de los contratos sobre contenidos digitales que se presentan en apariencia *como gratuitos, no lo son propiamente*, pues el consumidor o usuario cede a cambio sus *datos personales*, permite la observación de su comportamiento e interacción con el contenido digital (v. gr., en versiones beta o de prueba), consiente en recibir determinadas comunicaciones comerciales, etc. Esos datos y consentimientos tienen igualmente un valor comercial, que se traduce incluso en un valor pecuniario al traficar con ellos. Por lo tanto, cabe pensar en un precio no pecuniario que, como expresamente menciona la Propuesta CESL, hace que la normativa no deba depender de si se paga o no un precio por el contenido digital[104]. Más aún, resultaría bastante artificial incluir en el régimen

---

comerciantes' (artículo 1)", "*it should not apply to online digital content provided by means of broadcasting of information on the internet without the express conclusion of a contract. In itself, access to a website or a download from a website should not be considered a 'contract' for the purposes of the Directive*".

[102] En la literatura reciente, una esmerada argumentación acerca del carácter genuinamente contractual de las relaciones jurídicas gratuitas generadas en internet en relación con prestaciones como los buscadores o el alojamiento de páginas web, puede verse en YANGUAS GÓMEZ, R., *Contratos de conexión a internet, "hosting" y búsqueda. Servicios de intermediación en red con consumidores*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 87-99.

[103] 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 del consentimiento expreso para pagos adicionales (v. gr., en las llamadas compras desde o dentro de aplicaciones, las *in-apps purchases).*

[104] La idea queda justamente plasmada en el considerando 18 de la Propuesta de Reglamento CESL (énfasis añadido): "*A menudo*, los contenidos digitales *no se suministran a cambio de un precio* sino en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que implica *consideraciones no pecuniarias* como, por ejemplo, el *acceso a datos personales o* el acceso gratuito en el contexto de una *estrategia de marketing* basada en la expectativa de que el consumidor *adquirirá posteriormente contenidos digitales adicionales o más sofisticados*. Habida cuenta de esta estructura de mercado específica y del hecho de que los defectos de los contenidos digitales suministrados pueden ir en contra de los intereses económicos de los consumidores, independientemente de las condiciones en las que se suministraron, *la aplicabilidad de la normativa común de compraventa europea no debe depender de si se paga un precio o no por el contenido digital en cuestión*". Incide en esta idea y alerta sobre posibles consecuencias de considerar no gratuitos tales contratos, SPINDLER, *op. cit.*, pp. 462 y 466. Acoge la idea y sus implicaciones una de las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo al CESL en febrero de 2014 (*op. cit.*, p. 89), en concreto una adición al considerando 18 CESL, por la que el Parlamento Europeo justifica ampliar los

legal los contratos con micropagos (v. gr., unos céntimos por una canción) y no incluir contratos con pagos en otras formas no dinerarias[105] (prestaciones de hacer o no hacer, por ejemplo al probar un juego o programa en fase de gestación; cesión de datos personales, etc.). De nuevo, la falta de necesidad de acudir para la protección del consumidor a las categorías de la compraventa o los servicios avala la solución defendida.

2.2. El objeto del contrato: ¿bienes, productos, servicios? Rizar el rizo o el síndrome del rizoma

El nuevo régimen legal se refiere al contrato (sin pre-calificación del tipo) sobre "contenidos digitales". Hasta la fecha, la legislación española de consumo se basaba en los conceptos de "bienes", "productos" y "servicios". El nuevo objeto contractual de los "contenidos digitales" y una nueva definición de "bienes" por efecto de la transposición de la Directiva 2011/83 ha segmentado aún más las normas que cabe aplicar a unos u otros objetos del contrato en el TR-LGDCU y ha introducido algunas nuevas complejidades en cuanto al ámbito de aplicación de las normas antiguas y nuevas.

La acotación de los respectivos ámbitos de aplicación de cada una de Directivas de la Unión Europea, especialmente acuciante en el caso de normas de armonización máxima como la presente Directiva 2011/83, obliga al legislador nacional a una cuidadosa "estratificación" normativa, que no siempre se consigue. Utilizando el símil botánico, con el objeto de las diversas relaciones de consumo, el legislador ha de incurrir en una suerte de "*síndrome del rizoma*": el rizoma es un tallo subterráneo horizontal que crece indefinidamente con nuevos brotes que generan nudos con sus propias raíces y brotes[106]; tal como trasladaron la idea DELEUZE y GUATTARI al ámbito epistemológico[107], los nuevos elementos no siguen una subordinación jerárquica, como ocurre con las ramas del modelo arbóreo, sino que cualquier elemento puede acabar incidiendo en la concepción de otros elementos de la estructura. Cada nueva yema, que genera su nuevo nodo con su propio desarrollo, es cada nueva definición del objeto de la relación jurídica de consumo (bien –mueble, inmueble, corporal, incorporal–,

---

remedios por falta de conformidad, excepto la reducción del precio, también a los contratos supuestamente gratuitos sobre contenidos digitales, porque "su contraprestación, como es la cesión de datos personales u otras utilidades que tienen valor comercial para el suministrador, se equipara al pago del precio, dado que en esos casos el contenido digital no es realmente suministrado de forma gratuita" (traducción propia).

[105] Sugieren este argumento LOOS *et al.*, "The Regulation…", cit., pp. 750 y 757, quienes mencionan además como ejemplo adicional que las monedas virtuales (como las adquiridas en algunos juegos *online*) tienen un valor pecuniario en sí.

[106] *Vid.* STRASBURGER, E. *ET AL*, *Tratado de botánica*, 35ª ed. alemana, actualizada por P. Sitte *et al.*, Omega, Barcelona, 2004, p. 160.

[107] DELEUZE, G., GUATTARI, F., *Rhizome*, Les Editions de Minuit, Paris, 1976 (trad. ed. Pretextos, Valencia, 1977), luego recogido y desarrollado en DELEUZE, G., GUATTARI, F., *Mil plateaux (capitalisme et schizophrènie)*, Les Editions de Minuit, Paris, 1980 (*Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, trad. de J. Vázquez Pérez, Pretextos, Valencia, 1988; 5ª ed., 2002, en especial, pp. 9-31).

producto, servicio, contenido digital); aun con una cuidadosa delimitación de las normas a las que se aplica cada noción pueden surgir insospechadas conexiones, como ahora se demostrará.

Antes de la modificación del TR-LGDCU por la Ley 3/2014, las nociones legales de bienes/productos de consumo sufrieron una transformación capital. En origen, el art. 1 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, con transposición fiel del concepto de "bienes" establecido por la Directiva 1999/44/CE, catalogaba como tales sólo "los *bienes muebles corporales* destinados al consumo privado". En ese contexto, se debatía si los archivos digitales sin soporte tangible podían ser considerados bienes, siendo la opinión mayoritaria, como en el resto de sistemas jurídicos nacionales, negativa[108]. Al incorporar el contenido de la Ley 23/2003 al TR-LGDCU de 2007 se sustituyó el concepto de "bienes de consumo" por el de "productos de consumo" (art. 6 TR-LGDCU), que es el empleado en los nuevos arts. 114 y ss. TR-LGDCU sobre las garantías en la compraventa de productos. Como es sabido, la nueva definición legal de productos (art. 6 TR) suprime la referencia al término "corporales" y, con su remisión al concepto de bienes muebles del art. 335 del Código civil, da pie a la inclusión de los bienes muebles incorporales, incluidos los bienes inmateriales, entre los que pueden clasificarse los contenidos digitales sin soporte físico. Esta interpretación es factible por el carácter de mínimos de la Directiva 1999/44/CE y cuenta con argumentos atendibles[109], de manera que es posible sostener la aplicación del principio de conformidad a la compraventa de contenidos digitales, antes y después de las modificaciones operadas por la Ley 3/2014; la cual, haciendo gala de una de las consecuencias del citado síndrome del rizoma, simplemente ha podido hacer más evidente este resultado no buscado de propósito, aunque ha introducido otras complicaciones.

Después de la modificación del TR-LGDCU por la Ley 3/2014, el art. 59 bis 1 TR-LGDCU acoge un nuevo elenco de definiciones procedentes de la Directiva 2011/83, entre las que se encuentra el concepto de "contrato de *servicios*" (letra b), "servicio financiero" (letra g) y "*contenido digital*" (letra i). Sin embargo, no se incorpora en ese listado de conceptos legales el de "*bienes*", que sí figura en la correlativa lista de la Directiva (en concreto, art. 2.3) como "todo bien mueble tangible", con algunas excepciones. La peculiar forma de transponer esa definición, en el mismo art. 59 bis,

---

[108] *Vid. supra* nota 96. Para un repaso bibliográfico de esta solución, que sólo considera bienes muebles de cara al principio de conformidad los contenidos digitales incorporados en un medio físico, en Reino Unido, Noruega o Polonia y el cambio normativo operado en Alemania en 2002 para incluir todo tipo de contenidos digitales, *vid.* YANGUAS GÓMEZ, "El principio de conformidad…", cit., p. 477, n. 22.

[109] Así lo he defendido, pues tampoco el régimen de exclusiones del art. 115 TR-LGDCU conduce a otra solución, en CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentarios al art. 6 TR-LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 185 y ss., en especial, pp. 186-189, donde puede consultarse argumentación y bibliografía. *Vid.* también, en la misma obra, TORRELLES TORREA, "Comentarios al art. 114 TR-LGDCU", *ibidem*, p. 115.

pero en un autónomo apartado 2 desgajado del elenco de definiciones y por vía de delimitación del ámbito de aplicación de algunas de las nuevas normas que se transpone, presenta algún problema de interpretación. De acuerdo con el art. 59 bis 2 TR-LGDCU (cursiva añadida):

> "*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*, excepto los vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar. El agua, el gas y la electricidad se considerarán "bienes" cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas".

Debe recordarse además, que, por interpretación auténtica efectuada por el considerando 19 de la Directiva, los contenidos digitales suministrados mediante soporte material deben ser considerados "bienes" (no así, por ende, los suministrados sin soporte material, enteramente *on line*).

El art. 66 bis versa sobre la entrega de los bienes adquiridos por contrato de venta, el art. 66 ter se ocupa de la transmisión del riesgo en tales contratos de compraventa de "bienes" y el título III al que alude el art. 59 bis 2 tiene por objeto el régimen de los "contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil" (arts. 92-113), esto es, el núcleo de la Directiva 2011/83 con un contenido en estas reglas mayoritariamente de armonización máxima. El legislador español se ha visto obligado, así, a incorporar una noción *ad hoc* de "bienes" (muebles corporales) que ya descartara, nominal y semánticamente, con la nueva definición legal de "productos" consagrada en 2007. Y con el art. 59 bis 2 ha buscado transponer en una sola regla la definición de "bienes" de la Directiva (art. 2.3) y el ámbito de aplicación de los "otros derechos de los consumidores" de la Directiva (art. 17). Solución económica que podría haber merecido loa si no fuera porque la fórmula literal empleada resulta defectuosa y podría conducir a un resultado cuya recta interpretación debería descartar. En efecto, dado el tenor del 59 bis 2 TR-LGDCU y su concreción "en cascada" de los artículos afectados por la nueva noción de bienes (*"a los efectos de este libro, título I*, capítulo I, artículos 66 bis y 66 ter *y del título III*"), por hipótesis, *cabrían dos interpretaciones*:

a) *La primera, preferible, que la definición de "bienes" del art. 59.bis 2 sólo afecta a los artículos 66 bis, 66 ter y 107, 110 y 111 TR-LGDCU*; con mala técnica legislativa, el precepto va concretando la ubicación de los dos primeros preceptos, ubicados en el título I y remite después en global también al título III, sin concretar la numeración de los artículos en él contenidos y afectados[110]. Esta interpretación respeta a plenitud el

[110] Dentro de los arts. 92-113 TR-LGDCU sólo hacen referencia a "bienes" los siguientes artículos: 94.1, 97, 98.4 y 98.7, 101.2, 103, 104, 107.3 y 107.4, 108, 110 y 111. En propiedad, y en síntesis (por

ámbito de aplicación delimitado en la Directiva y hace que no queden afectados otros preceptos propios de la legislación española que no derivan de esa Directiva y, en algún caso, de ninguna otra directiva.

b) *La segunda interpretación, que debe descartarse, entendería que la noción de "bienes" se aplica a todo el capítulo I* (del título I, libro segundo), *esto es, a los arts. 59-67 TR-LGDCU*. De esta forma se dotaría de algún sentido a la mención de las ubicaciones, que es totalmente innecesaria. Pero esta interpretación no debe sostenerse

---

diversas razones que ahora se explicarán) *sólo serán inaplicables a los contratos sobre contenidos sin soporte material los arts. 107, 110 y 111* TR-LGDCU. El art. 107, en sus apartados 3 y 4 se refiere a la devolución del pago de los bienes sin incluir los costes adicionales cuando el consumidor solicitó una modalidad de entrega más costosa que la ordinaria (lo cual no tiene sentido en los contenidos digitales suministrados enteramente *on line*) y a la "devolución de los bienes" (*idem*). El art. 110 establece las consecuencias de la no ejecución del contrato "por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado" y el art. 111 los casos en que el empresario podrá suministrar un bien o servicio similar en tales casos, soluciones de política legislativa del legislador nacional, que, al referirse sólo a "bienes" o servicios y por efecto de la remisión del art. 59 bis 2, decide acotar a los contratos a distancia sobre suministros digitales suministrados con envío de un soporte material (ambas reglas no proceden de la Directiva 2011/83, cuyo art. 18.4 permite al consumidor recurrir a otras soluciones de la legislación nacional aparte de la resolución del contrato *ex* art. 18.2, transpuesta en el art. 66 bis TR-LGDCU, y constituyen, dichos arts. 110 y 111 un régimen especial para los contratos a distancia, que procede de la previa transposición de los arts. 7.2 y 7.3 de la Directiva 97/7/CE (de mínimos): el segundo, correspondiente al nuevo art. 111, sin correlativo en la Directiva 2011/83 y el primero sin correlativo en ella tampoco, salvo, según la tabla de concordancias de la Directiva 2011/83, su art. 18.2-3-4 = art. 66 bis TR-LGDCU, inaplicable *ex* art. 17 Directiva 2011/83 a los contenidos digitales sin soporte material). Cuestión distinta, que excede de esta nota y trabajo, es que pueda considerarse que los vigentes arts. 110 y 111 TR-LGDCU vulneran la armonización máxima que adorna al art. 18, ahora transpuesto en el art. 66 bis TR-LGDCU respecto a cualesquiera contratos de compraventa de bienes; para un apunte sobre esta posible contravención *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., "La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores", en CÁMARA LAPUENTE/ARROYO AMAYUELAS, *La revisión*…, cit., p. 279.

En cambio, *sí serán aplicables a los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material, pese a la mención de "bienes" dentro del título III* (del libro segundo): *a) por un recto entendimiento de la norma*, a la que no alcanza el límite de armonización máxima en este punto (cfr. arts. 3.2 y 3.5 Directiva 2011/83, así como sus arts. 5.4 y 6.8), el *art. 94.1*, que declara que en las comunicaciones comerciales electrónicas y en la "contratación a distancia de bienes y servicios" se aplicará además la normativa sobre contratación electrónica y servicios de la sociedad de la información (normas cuya aplicación a los contratos sobre contenidos digitales tienen pleno sentido y aplicación); *b) por expandir, por vía directa o indirecta, el contenido de algunos preceptos diseñados a los contratos sobre "bienes"* también a los contenidos digitales sin soporte material, también se les aplicará el *art. 97* (requisitos de información, *ex* art. 97.2) y *98.7* (confirmación del contrato a más tardar en el momento de "entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio", por efecto de la remisión del art. 108.4.b.3º); lo mismo cabe predicar del *art. 98.4* (forma de suministrar la información en espacio reducido) en aras de una interpretación sistemática y coherente de la norma (en relación con art. 97.2); *c) por existir previsiones ad hoc para este tipo de contratos (contenido digital on line), varios artículos sobre el desistimiento* se desglosan entre reglas que se refieren al suministro de bienes (contenido digital *off line*) y reglas específicas para los contenidos digitales *off line*: es el caso de los arts. 103 (excepciones al derecho de desistimiento), 104 (inicio del plazo del derecho de desistimiento) y 108 (obligaciones y responsabilidad del consumidor en caso de desistimiento); *d) porque la remisión interna conduce a la aplicación de la misma regla a todos los contenidos digitales*, la mención del "bien" cuando éste se suministre sin aceptación explícita en el *art. 101.2*, no obsta a su aplicación a estos contratos, por la remisión a la sanción del art. 66 quáter (envíos no solicitados), que expresamente se declara aplicable a todo contenido digital.

porque ni es lo requerido por la transposición del art. 17 de la Directiva (al revés, podría conculcar el límite de la armonización máxima), ni tiene sentido lógico (ni gramatical ni de técnica legislativa, pues de aplicarse al entero capítulo I sería absurdo citar a continuación los concretos arts. 66 bis y ter insertos en él), ni debe sostenerse un recorte encubierto de los derechos de los consumidores por mera vía hermenéutica en contra del designio del principio recogido en el art. 51 de la Constitución española. Repárese en la trascendencia de descartar esta interpretación: algún artículo fundamental en la protección efectiva del consumidor, como, especialmente, el art. 61 TR-LGDCU sobre la integración publicitaria del contrato, podría resultar inaplicable a los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material (descargas en línea), pues dicho precepto se refiere a la oferta, promoción y publicidad y prestaciones propias de "los bienes y servicios". Incluso, en contra de lo prescrito por la Directiva –a nuestro juicio por un error en el art. 60 TR-LGDCU que debe subsanarse y, en el ínterin interpretarse correctivamente conforme a la Directiva– algunos requisitos de información precontractual podrían ser inexigibles para los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material[111]. Otros preceptos del capítulo I, incluso dentro de esa interpretación que se combate, quedarían a salvo por diversas vías: bien porque la norma se refiere a "productos" (art. 62)[112], bien porque se refiere a cualquier relación de consumo (arts. 59, 60, 60ter, 63, 65 y 67)[113], bien porque expresamente incluye todos los contenidos digitales con independencia de si se suministran con o sin soporte (66 quáter)[114] o bien, por último, por una previsión expresa de la Directiva con la que debe interpretarse el precepto español (art. 60.3 sobre información, según se ha explicado ya).

---

111 En efecto, dado que el art. 60.2 TR-LGDCU se refiere a las "obligaciones de información sobre los *bienes o servicios*" y en sus once apartados alude sólo en dos expresamente a los contenidos digitales (60.2.i-j), mientras que otros mencionan exclusivamente los "bienes o servicios" (v. gr., "las características principales de los bienes o servicios", el precio total de los bienes o servicios), podría llegar a interpretarse que *inclussio unius, exclussio alterius*. En la Directiva, ese resultado se salva con la expresa previsión del art. 5.2 de que "el apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de (…) contenido digital que no se preste en un soporte material". El legislador español, al transponer dicho art. 5.2 cometió un pequeño error con una transcripción literal en la remisión al "apartado 1" del art. 60 TR-LGDCU, cuando el elenco de informaciones procedentes de la Directiva se encuentra propiamente en el apartado 2 del art. 60. Por lo tanto, el art. 60.3 TR-LGDCU debe corregirse para decir "los apartados 1 y 2 se aplicarán también…" (pues en el primer apartado sólo existe una parte mínima del contenido de la Directiva). El desliz no se cometió, en cambio, en la transposición del paralelo art. 6.2 de la Directiva en el art. 97.2 TR-LGDCU sobre los requisitos de información en los contratos a distancia y fuera de establecimiento.

112 Sobre la prohibición de las cláusulas con plazos de duración excesiva o limitaciones a poner fin al contrato en "contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado".

113 Respectivamente, art. 59 sobre el ámbito de aplicación, 60 bis sobre pagos adicionales, 60 ter sobre medios de pago, 63 sobre confirmación documental y factura electrónica, 65 sobre integración contractual, 66 sobre comparecencia personal de los consumidores y 67 sobre reglas de Derecho internacional privado.

114 Sobre prohibición de envíos y suministros no solicitados.

En conclusión, para evitar un nuevo e indeseado efecto del rizoma, *debería reformarse el art. 59 bis 2 y eliminar las referencias a la ubicación de los arts. 66 bis y ter (en concreto, el inciso "de este libro, título I, capítulo I"*); asimismo, *debería corregirse el art. 60.3* y añadir a su remisión al apartado 1, también una remisión al apartado 2 para que todos los requisitos de información precontractual puedan ser aplicados a los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material. *Y, a modo de síntesis*, en consecuencia, en el régimen actualmente vigente, el art. 59 bis 2 TRLGDCU y su noción de "bienes" *dos delimitaciones del ámbito de aplicación de ciertos artículos nuevos*: por una parte, los *arts. 66 bis y ter* sobre entrega de los bienes comprados y transmisión del riesgo no se aplicarán al contenido digital que no se proporcione en un soporte material, pero sí serán de aplicación al contrato de compraventa del soporte material en que se incorporen los contenidos digitales, pues en tal caso el objeto del contrato merece la calificación legal de "bien" (mueble corporal). Por otra parte, en los pasajes en que los *arts. 92-113* se refieran a "bienes" (que, fundamentalmente, se circunscriben a las consecuencias de la falta de ejecución del contrato a distancia en los *arts. 110 y 111* y a algunas consecuencias de la devolución de los bienes tras desistir en el *art. 107*)[115], sólo cabrá incluir los contenidos digitales suministrados en soporte material; para los contenidos digitales sin soporte material el TR-LGDCU ya dispone de reglas *ad hoc* en el régimen de esos contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, que son las mismas que las establecidas en la Directiva 2011/83.

Tanto en la gestación de la Directiva como tras su aprobación, diversas voces han patrocinado la plena equiparación de los contenidos digitales *on line* y *off line* y han sugerido eliminar de la definición de "bienes" de la Directiva 2011/83 la referencia al carácter tangible o corporal de los bienes[116]. Una poda del rizoma que finalmente no se ha producido y que, por otra parte, podría producir otros nudos.

---

[115] Según la argumentación expuesta en la nota 110.

[116] V. gr., antes de la Directiva, SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 11; ROTT, P. (BEUC Position Paper), *Digital products. How to include them in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, ref. X/060/2010, Brussels, 6 septiembre 2010 (disponible en http://www.beuc.eu/publications/2010-00506-01-e.pdf, fecha de consulta 25 junio 2014). Incluso en nuestro país, tras la promulgación de la Directiva, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, ("Compraventa…, cit., pp. 756-757) ha sugerido interpretarla en el sentido de que calificar el contrato de suministro de contenidos digitales sin soporte material en todo caso como un contrato de servicio (no compraventa), sobre la base de entender que el "soporte material" a que se refiere la Directiva "es el archivo digital que viaja a través de la red". Aunque de fondo esta fuese una vía de evitar la aplicación del agotamiento del derecho de distribución a las descargas desde internet (pues según la Directiva 2001/29/CE no se aplica a los servicios en línea, *ex* considerando 29) y, en su caso, podrá argumentarse de cara a la aplicabilidad o no de esas normas de propiedad intelectual al concreto contrato, calificado en su caso así jurídicamente a esos efectos, no parece que esa solución se cohoneste bien con lo establecido y pretendido en la Directiva 2011/83 ni en su transposición en lo relativo a los nuevos derechos de los consumidores, como se ha expuesto en diversos pasajes de este ensayo (en particular, *supra*, 2.1).

3. ACLARANDO EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL: ¿QUÉ SE APLICA Y QUÉ NO SE APLICA A LOS CONTENIDOS DIGITALES EN EL TR-LGDCU?

Como recapitulación de lo ya expuesto y antes de examinar las novedades expresas diseñadas *ad hoc* para los contratos sobre contenidos digitales en el TR-LGDCU, cabe distribuir en tres grupos las normas del TR-LGDCU:

a) Normas que se les aplican en general[117]: *además de las aplicables a toda relación de consumo* en el sentido del art. 2 TR-LGDCU (como el art. 10 sobre irrenunciabilidad de derechos, las reglas sobre prácticas comerciales desleales *ex* arts. 19 y 20 TR-LGDCU[118], sobre servicios de atención al cliente *ex* art. 21, acciones de cesación y arbitraje *ex* arts. 53-58), las *disposiciones generales sobre contratos con consumidores ex arts. 59 a 67*[119] (con la sola excepción de los arts. 66 bis y 66 ter, sólo aplicables a contratos sobre contenidos digitales suministrados mediante soporte material), las reglas sobre las cláusulas no negociadas individualmente y las *cláusulas abusivas ex* arts. 80-91, los artículos sobre las *garantías en la compraventa* de "productos" de consumo *ex* arts. 114-127[120] y, presumiblemente, el régimen específico de *responsabilidad civil por productos defectuosos* en atención al amplio concepto legal de "producto" ("cualquier bien mueble", incluido el gas y la electricidad) del art. 136 TR-LGDCU. *También, dentro del régimen de los contratos a distancia y fuera de establecimiento*, serán igualmente aplicables a los contratos sobre contenidos digitales (con o sin soporte, resulta indiferente para los siguientes artículos que no se refieren a los "bienes" suministrados sino a la forma de celebración del contrato, a distancia): los arts. 94 a 96 sobre comunicaciones comerciales a distancia (v. gr., derecho a oponerse a recibir comunicaciones comerciales no deseadas), los artículos sobre información

---

117 Enumeración que se hace sin carácter exhaustivo.

118 A mi entender, la mención en esos dos artículos sólo de los "bienes o servicios" no resulta impedimento para aplicar esas reglas a todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial para promover, vender o suministrar contenidos digitales, puesto que: primero, los arts. 2.d, 5 y 7 de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales, de donde proceden esos artículos del TR-LGDCU (y el resto de la Directiva transpuesta en 2009 en la Ley de Competencia desleal), se refieren a "productos", definidos por el art. 2.c de la Directiva 2005/29 como "cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones"; y segundo, entre otros argumentos, porque también la Directiva 2005/29 es de máximos y no toleraría una rebaja en la protección que confiere.

119 Incluidas las obligaciones de información establecidas en el art. 60 conforme a la interpretación correctora antes expuesta del art. 60.3 y las nuevas reglas sobre el consentimiento expreso para pagos adicionales, el límite a la tarifa básica por el empleo de comunicaciones telefónicas, etc.

120 Conforme a la argumentación expuesta antes acerca de la conversión del concepto de bien mueble corporal en "producto" en el sentido del art. 6 TR-LGDCU. Naturalmente, en este punto la calificación jurídica del contrato como "*compraventa*" será necesaria y pertinente, pues de otro modo, en el actual estadio legal, europeo y español, no parece posible aplicar este régimen de conformidad a los "*servicios*" sobre contenidos digitales. Las decisiones que finalmente se adopten en la Propuesta de Reglamento CESL podrían suponer un importante punto de inflexión a favor de la conformidad de cualesquiera contratos sobre contenidos digitales.

precontractual y requisitos formales de los contratos (arts. 97-100) y el art. 112 sobre el pago del contrato a distancia mediante tarjeta[121].

b) *Normas que no se aplican a los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin un soporte material* (pero sí a los suministrados mediante un soporte material como un CD o DVD, que merecen la calificación de "bien" *ex* art. 59 bis 2 y el considerando 19 de la Directiva): arts. 66 bis (entrega), 66 ter (riesgos), 107 (devolución de los bienes tras desistir), 110 y 111 (consecuencias de la falta de ejecución del contrato a distancia).

c) *Normas expresamente establecidas para aplicarse (i) bien a todos los contenidos digitales* con independencia del contrato celebrado y el medio de su suministro (art. 66 quáter sobre envíos no solicitados, arts. 60.1.i-j y 97.1.s-t sobre información precontractual acerca de la funcionalidad y operatividad de los contenidos digitales[122]), *(ii) bien sólo para los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material (on line)* (como son las tres reglas especiales sobre el derecho de desistimiento contenidas en los arts. 103, 104 y 108 TRLGDCU, de manera que, en caso de proceder dicho derecho conforme a esos artículos le serían de aplicación el resto de reglas sobre el desistimiento con los matices y adaptaciones precisas).

4. ANÁLISIS DE LAS TRES NOVEDADES EXPRESAS CONTENIDAS EN EL TR-LGDCU TRAS LA LEY 3/2014

4.1. La definición de "contenidos digitales"

Por primera vez en nuestro ordenamiento (y en el comunitario) se definen los "contenidos digitales". Según el art. 59 bis 1.i), son "los *datos producidos y suministrados en formato digital*", tales como, según ejemplifica y aclara el considerando 19 de la Directiva 2011/83, "programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios". Aunque podrían formularse críticas tanto al tenor literal de la definición legal[123] como a la

[121] *Prima facie*, no parece existir tampoco obstáculo en aplicar los arts. 109 y 113 a los contratos sobre contenidos digitales. De nuevo, sobre argumentación de los artículos aplicables e inaplicables de dicho título III del libro segundo, *vid.* nota 110.

[122] Y por combinación del concepto especial de "bien" del art. 59bis 2 y de la remisión de los arts. 60.3 y 97.2 TR-LGDCU, en la interpretación que se defiende, el resto de obligaciones de información precontractual.

[123] Particularmente crítico se ha manifestado GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ ("Compraventa...", cit., p. 753, n. 1) para quien "no tiene sentido" aludir a que el datos sea "producido y suministrado" en formato digital: "el matiz es inútil, da igual si los datos han sido producidos originalmente en digital o en analógico, lo importante es que el modo de llegada al consumidor es digital". Con ser cierta la crítica, en la concepción de la Directiva, donde lo crucial es que el contenido haya sido "producido" en formato digital (bien directamente, bien por conversión de lo originariamente analógico en digital) y lo, hasta

transcrita ejemplificación[124], lo cierto es que el criterio adoptado (producción y suministro digital), tiene, en su amplitud, una doble valía: por una parte, permite cubrir futuros productos y servicios así como nuevos métodos para acceder a ellos que pudieran surgir en el futuro; por otra parte, esa holgura es beneficiosa para una elevada protección del consumidor, al no existir ninguna restricción a contenidos digitales excluidos del ámbito protector de la norma. En este sentido, el generoso ámbito de aplicación de las nuevas normas tuitivas para los contratos sobre contenidos digitales contrasta con las excepciones propuestas en la Propuesta de Reglamento UE CESL: el art. 2.1.j) parte de idéntico criterio definidor, la producción y suministro en formato digital, incorpora una ejemplificación similar a la de la Directiva, pero añade una serie de exclusiones, entre las que figuran ciertos servicios electrónicos (pero no otros, cabe colegir)[125].

En consecuencia, y dada la paralela y casi coetánea gestación de ambas normas (Directiva 2011/83 y CESL) y sus idénticas fuentes de inspiración[126], cabe sostener, en

---

cierto punto irrelevante, es el canal de distribución a través del que el consumidor acceda al contenido digital (con/sin soporte), mientras aquél lo reciba precisamente en formato digital, la mención a las dos etapas (producción y distribución, que, por lo demás pueden involucrar titulares distintos con obligaciones y responsabilidades distintas para el productor y el distribuidor) no parece del todo superflua o, al menos, no es nociva.

[124] De nuevo, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (*ibidem*) denuncia la poca corrección técnica del considerando de la Directiva al poner como ejemplo de "datos" los "programas, aplicaciones, juegos, etc.", que son ejemplos de obras protegidas que requieren originalidad [lo cual es certero desde la óptica de la LPI, pero no dejan de ser "datos" desde un punto de vista tecnológico], o al resultar redundante la mención de programas de ordenador y "aplicaciones", que son programas informáticos.

[125] Art. CESL 2(1)(j) [énfasis en cursiva añadido aquí]: "«contenidos digitales»: los datos producidos y suministrados en formato digital, *siguiendo o no las especificaciones del consumidor*, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los *contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes; con exclusión de*: i) los *servicios financieros*, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los *servicios sanitarios electrónicos*; iv) los *servicios y redes de comunicaciones electrónicas* y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la *creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes* por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios".

[126] En concreto, el art. IV.A.–1:103 propuesto por el Grupo de Ámsterdam, que está en la base de la definición de la Directiva 2011/83 y del CESL y, sobre todo, de las exclusiones de éste. Sin embargo, el citado artículo propuesto por el equipo de investigación a la Comisión Europea, expresamente consideraba como "contenidos digitales" varios de los supuestos excluidos en el CESL, como los contenidos generados por los usuarios o el caso del *cloud computing* (apartado 2.e) y las redes sociales (apartado 2.f), que no se mencionan expresamente en el CESL. Para el tenor literal de la propuesta y su explicación, UNIVERSITY OF AMSTERDAM, *Digital content services… Final report…*, cit., pp. 174-177. Al respecto, con crítica del CESL, *vid.* YANGUAS GÓMEZ, "El principio…", cit., pp. 479-480. Por lo demás, en dicho informe se parte de la decisión de no definir los contenidos digitales, sino de explicitar qué contratos sobre ellos están incluidos en ellos; de ahí que la descripción de los contenidos digitales se centrara en el "suministro" (*suply*) del contenido digital (art. 1:103(1)): "*contracts whereby a business undertakes to supply digital content to a consumer in exchange for a price*", y lo extendía a contratos en que no existiese un precio como contraprestación. En las enmiendas propuestas al CESL por el Parlamento Europeo el 26 febrero 2014 (*op. cit.*, p. 88) con un nuevo considerando 17ª y otros cambios, se propone incluir expresamente el *cloud computing* en el régimen de protección al consumidor por contenidos digitales

lo que atañe al Derecho en vigor en España, como fruto de la transposición de la Directiva, que *la definición legal de los "contenidos digitales" en el TR-LGDCU abarca cualesquiera datos (constituyan o no obras originales protegidas por la propiedad intelectual) producidos y suministrados en formato digital, bien sean contenidos digitales estándar para su distribución en masa o bien se hayan producido siguiendo especificaciones previas del consumidor, incluidos los que permiten personalizar equipos o programas informáticos ya existentes, así como los llamados "contenidos generados por los usuarios"* ("*user-generated content*")[127] *y también algunas prestaciones que acaso podrían calificarse como servicios electrónicos (v.gr., de comunicaciones electrónicas, como programas de mensajería instantánea o VoIP, el almacenamiento en la nube o cloud computing) –siempre que no exista norma* expresa *que excluya la aplicación* de alguna regla concreta, como ocurrirá en la mayoría de los casos *dejando la amplitud de la definición, de momento, mucho más restringida de efectos de lo que a primera vista pudiera parecer*[128]–. Recuérdese asimismo, que los contratos *gratuitos* sobre contenidos digitales están igual y plenamente incluidos en la definición y en el régimen protector en toda su extensión[129].

En el proceso de preparación legislativa de la nueva definición legal se barajó restringirla sólo a "*productos digitales*", pero, entre otras razones, la ligazón de muchos de estos productos con servicios anejos tan esenciales a veces como ellos (actualizaciones, parches, mantenimiento, interoperabilidad *on line* de juegos por internet, etc.) o la borrosa distinción entre servicios y productos aplicada a algunas prestaciones, acabó por decantar la decisión legal a favor de la más amplia noción de "contenidos digitales"; este trasfondo deja ver la originaria intención del legislador europeo de regular en realidad los "productos digitales", como revelan las expresiones de la propia Comisión Europea en importantes declaraciones posteriores[130].

---

127 Siempre que quepa hablar en el contrato sobre dichos contenidos digitales de contrato de consumo entre un empresario y un consumidor, lo que servirá para relativizar la inclusión señalada. Nuevamente, este tipo de contenidos digitales merecerá una más cuidadosa calificación jurídica del tipo contractual a otros efectos (*supra*, nota 116) y vuelve a ser una de las materias sometidas a escrutinio y debate, sin claro consenso, en el proceso en curso de revisión de la normativa europea de propiedad intelectual (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, cit., pp. 28-30, cuestiones 58 a 63).

128 Así, aunque a priori, la definición legal de "contenidos digitales" tolera la inclusión, por ejemplo, de *servicios financieros, sanitarios, de asesoramiento jurídico, etc.* (excluidos en el CESL), los artículos que establecen *excepciones a la aplicación de las normas sobre contratación a distancia y sobre el derecho de desistimiento* (respectivamente, los arts. 93 y 103 TR-LGDCU) dejarán casi sin aplicación las nuevas normas protectoras, v. gr. a servicios sanitarios, juegos de azar por dinero, servicios financieros o de conexión a internet (respectivamente, letras b, c, d y m del art. 93 TR-LGDCU y, en lo relativo al desistimiento en los contratos de servicios, el art. 103.a TR-LGDCU, o el art. 103.c que impide desistir en el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o personalizados, por citar sólo algunos ejemplos).

129 *Vid. supra* 2.1.3.

130 Es muy significativo que en la *DG Justice Guidance* sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2011/83 [*Guía DG-2014*, cit.,], la Comisión Europea titule las páginas dedicadas a la materia

En cuanto al criterio adoptado (producción y distribución digitales), otros podrían haber servido a los fines definitorios y, de hecho, se barajaron y finalmente descartaron: en efecto, podría ponerse el énfasis en el hecho del *almacenamiento* de los datos digitales[131], en la forma de *acceso* a los bienes[132], en la posibilidad de un *uso* permanente similar a la posesión física[133] o en una combinación de factores[134]. El parámetro finalmente fijado por el legislador, adoptado desde la óptica de la contraparte del consumidor (producción, distribución[135]) permite esquivar aspectos jurídicamente más complejos (posesión, reutilización o cesión), acogiendo en buena medida por su envés y con criterio generoso la forma en que el consumidor accede o almacena los contenidos digitales contratados.

4.2. Los nuevos requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales

Los artículos 60.2 (letras i-j) y 97.1 (letras s-t) TR-LGDCU introducen dos nuevos y específicos requisitos de información precontractual para los contenidos digitales concertados a través de cualquier tipo de contrato y suministrados tanto con como sin

---

bajo el epígrafe de "*online digital products"* y reitere al expresión en el título del anexo I acerca del modelo para suministrar información sobre estos "productos". En esta línea, puede verse también ya desde el título, tras la Directiva, BEUC, *Digital products: EU consumers need clear rights*, Brussels, Diciembre 2012 (disponible en http://www.beuc.eu/publications/2012-00832-01-e.pdf, fecha de consulta 24 julio 2014).

131 Como proponía en su informe al Parlamento Europeo el prof. SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, pp. 2 y 15 (énfasis en cursiva añadido): "'digital content' means an intangible item in the form of *digital data stored on a data storage medium*, irrespective of whether or not it is transferred together with that medium".

132 Así, la definición propuesta por uno de los estudios encargados por la Comisión Europea: EUROPE ECONOMICS, *Digital content services (...). Report 1*…, cit., p. 36 (cursiva añadida): "all digital content which the consumer *can access* either on-line or through any other channels, such as a DVD or CD, and any other services which the consumer *can receive on-line*"; definición que toma como buen punto de partida, sin asumirla a plenitud el estudio UNIVERSITY OF AMSTERDAM, *Digital content services… Final report…*, cit., pp. 175.

133 En los primeros borradores internos del Grupo de Ámsterdam, que asumían las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo (procedimiento 2008/0196 COD, votación de 1 febrero 2011) a la Propuesta de Directiva: "digital goods means digital content transmitted to the consumer in a digital format, where the consumer obtains the *possibility of use on a permanent basis* or in a *way similar to the physical possession* of the good" (énfasis añadido).

134 De hecho, el art. 5.b CESL (tras haber asumido una definición de "contenidos digitales" similar a la Directiva 2011/83, como se ha visto), al delimitar los "contratos para los que se puede recurrir a la normativa común de compraventa europea", expresamente menciona (énfasis añadido) "los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, *que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso*, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no".

135 Para un descripción sencilla de los modelos de negocio existentes sobre esta distribución, con los problemas de propiedad intelectual aparejados, vid. JIMÉNEZ SERRANÍA, V., "Reflexiones en torno a la distribución en línea de contenidos digitales", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 23, 2010, pp. 65-77.

soporte material[136]: se trata de información sobre la "*funcionalidad*" de los contenidos digitales y sobre su "*interoperabilidad* relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario". Son dos reglas parecidas, una en sede de cualesquiera contratos de consumo (art. 60, similar en este punto al art. 5.1 de la Directiva) y otra en sede específica de contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento (art. 97, similar al art. 6.1 de la Directiva). Mientras el art. 97 transcribe tal cual el contenido de la Directiva, el art. 60 añade al tenor legal del precepto de ésta algunas ejemplificaciones ("como son…"), que toma de los considerandos de la Directiva, con una técnica que cabe calificar de oportuna al no haberse incorporado de alguna forma esos considerandos en la exposición de motivos de la Ley 3/2014[137]. Es evidente que la ejemplificación del art. 60.2.i-j sirve también a los efectos del art. 97.1.s-t[138].

Dada la duplicidad, en consecuencia, puede afirmarse que *estos dos nuevos requisitos de información previa a la celebración del contrato rigen para cualquier fórmula contractual mediante la que se acceda al contenido digital*; así, por ejemplo, la información debe suministrarse si el contenido digital (pongamos por caso un álbum de canciones) se adquiere mediante un contrato a distancia (tanto con descarga directa por internet *ex* art. 97.2, sin soporte material, como mediante el envío del CD/DVD por correo postal *ex* art. 97.1), como si se adquiere mediante un contrato presencial (bien fuera de establecimiento comercial, *ex* art. 97.1, bien en cualquier establecimiento comercial o por cualquier otra vía, *ex* art. 60.2). Ambos requisitos informativos, funcionalidad e interoperabilidad, contaban ya antes de la Directiva con algún precedente en el Derecho comparado, en concreto en Francia y Alemania[139], y habían dado lugar a una interesante jurisprudencia en esos países sobre la defensa del consumidor en caso de incumplimiento de tales deberes[140].

Pero antes de examinar estos nuevos requisitos específicos, es importante recalcar que *el resto de contenidos informativos exigidos por los arts. 60 y 97 TR-LGDCU son*

---

136 Normativamente, esta afirmación se sustenta en la referencia de esos incisos puramente a los "contenidos digitales" (sin aludir al tipo de contrato ni a si se suministran con o sin soporte material) y al refrendo que supone que el art. 60.3 (en la interpretación correctora que merece y se ha expuesto) y el art. 97.2, expresamente alude a que los mismos requisitos de información se exigen para los contenidos digitales suministrados sin soporte material.

137 Como hubiera sido probablemente preferible en un ámbito como éste tan novedoso y complejo por el panorama tecnológico y su cambiante evolución.

138 Probablemente el legislador no los reprodujo también en esta sede para ser escrupuloso con el designio de la armonización máxima que alcanza al art. 97 pero no al 60.

139 En 2003 el legislador alemán introdujo en su Ley de Derechos de Autor (UrhG el art. 95.d (1) que impone la obligación de informar a los consumidores sobre la existencia y características de medidas técnicas de protección. Por su parte, en Francia, el *Code de la Propriété Intellectuelle* (arts. L 331-5 y L 331-12) incorporó dicho deber de información tanto respecto a medidas técnicas de protección como a interoperabilidad. Para un repaso de ambas normas de consumo insertas en leyes de propiedad intelectual, *vid.* CABEDO SERNA, LL., "Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (dir.), *Los límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 65 y ss., en especial, pp. 108-111.

140 *Vid. infra*, nota 195.

igualmente aplicables a todos los contratos sobre contenidos digitales, bien se suministren éstos en un soporte material –pues en tal caso tendrán la consideración de "bien" a que aluden ambos preceptos–, bien se suministren enteramente en línea, sin soporte material –*ex* arts. 60.3 y 97.2 TR-LGDCU[141]–. Debe notarse también que aunque la lista de parámetros informativos contenida en los arts. 60 y 97 es similar, no es idéntica, pues el primero contiene algunos requisitos adicionales. Ello se debe a que mientras el art. 97 transpone el art. 6 de la Directiva, que se declara como de armonización máxima, sin permitir adiciones o sustracciones[142], el art. 60 procede del art. 5 de la Directiva, relativo a "requisitos de información de los *contratos distintos* de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento", respecto de los cuales ("contratos distintos"), el propio art. 5.4 permite a los Estados miembros adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual.

La conclusión aquí defendida[143] tiene como consecuencia que antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato el empresario le deberá facilitar información crucial sobre las características esenciales del contenido digital, la identidad del empresario, la dirección completa de su establecimiento, número de teléfono, fax y dirección de correo electrónico (como ya recordara la STJUE 16 octubre 2008 respecto a la Directiva de comercio electrónico)[144], el precio total de los contenidos digitales (y los gastos adicionales en caso de transporte, entrega, etc.), el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, los procedimientos de pago, entrega y ejecución y el largo etcétera de requisitos informativos contenidos en los arts. 60 y 97 TR-LGDCU. Llevados al campo genuino de los contenidos digitales esos requisitos informativos serán especialmente

---

141 Más precisamente: por aplicación de la extensión del contenido del art. 60.2 por el art. 60.3 en interpretación correctora necesaria, de conformidad con la Directiva, y por aplicación de la extensión del contenido del art. 97.1 por el art. 97.2.

142 Cfr. art. 4 en relación con los arts. 6.7 y 6.8 de la Directiva 2011/83.

143 En la propia interpretación de la Directiva alguna voz ha alertado de la posibilidad de no interpretar que el resto de requisitos informativos alcanzan a los contratos sobre contenidos digitales: sobre el argumento, BEUC, *Digital products: EU consumers need clear rights*…, cit., p. 7, que considera que las obligaciones de información sobre las principales características del producto o sobre el precio total son inaplicables a los contenidos digitales porque los arts. 5.1.a) y c) y 6.1.a) y e) se refieren sólo a "bienes" (no toma en consideración BEUC los arts. 5.2 y 6.2 con los que se puede atajar esa interpretación). La Comisión Europea, en su *DG Justice Guidance* (DG Guía-2014, cit., pp. 22, 24 y 69) parece descartar esa interpretación y sí considera aplicables explícitamente a los productos digitales al menos información sobre características esenciales, identidad y dirección del auténtico suministrador, e implícitamente, por los ejemplos que aporta, parece asumir que el resto de requisitos informativos afectan también a los contenidos digitales. Por su parte, los arts. 13 y 20 y CESL (Anexo I) sobre los requisitos generales de información, están redactados de forma que explícitamente se aplican a los contenidos digitales (v. gr., las "características principales de los contenidos digitales").

144 STJUE 16 octubre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV v. Deutsche Internet Versicherung AG*, asunto C-298/07, ECLI:EU:C:2008:572, que, en cambio, a tenor de la Directiva 2000/31/CE, aclaraba que "estas informaciones no tienen que incluir necesariamente un número de teléfono. Pueden consistir en un formulario de contacto electrónico (…)".

importantes, por ejemplo, en cuanto al soporte material en que se recibirán (v. gr., no es lo mismo suministro en VHS, que en DVD o en Blu-Ray)[145] o el formato del archivo electrónico que se descargará, con mayor o menor calidad e interoperabilidad (v. gr., en fonogramas: MP3, flac, etc.), a las concretas características del producto digital suministrado (título, duración, tamaño del archivo, versión/edición, etc.), al precio del contenido suministrado (incluyendo, en caso de suscripciones periódicas al acceso a vídeos, música, prensa, etc., el precio total por semana, mes, año o período de facturación y los costes opcionales para ciertos productos dentro de la plataforma o la fórmula de facturación en caso de cobrarse por la descarga de concretos contenidos), a la gratuidad o no del contrato o de cualesquiera otros pagos adicionales, por ejemplo en las llamadas *in-app purchases* o compras dentro de la aplicación para obtener nuevas funcionalidades, niveles extra en los juegos, vídeos o contenidos adicionales o "premium", etc. En este último punto cabe entender aplicable, *mutatis mutandis*, la regla del consentimiento expreso para cualesquiera pagos adicionales contenida en el art. 60 bis TR-LGDCU, sin ser lícito el empleo de opciones por defecto que el consumidor deba rechazar para evitar el pago adicional, sea la descarga inicial del programa o juego gratuita o no[146]. Asimismo, la mención al deber de informar de las

[145] V. gr., en la SAP Cádiz 5 mayo 2008 (JUR 2012/134196) se planteó si el envío de curso a distancia en cintas de VHS en lugar de en un DVD o en otro soporte más avanzado con digitalización podía constituir un incumplimiento de la oferta o de la publicidad, que se desestima (lo mismo que la facultad de desistir pasado el plazo) por falta de acreditación de las comunicaciones comerciales previas.

[146] En este punto son muy ilustrativas y acertadas las consideraciones de la Comisión Europea interpretando cómo debe entenderse transpuesta la Directiva (DG Guía-2014, cit., p. 65), al exigir que el consumidor sea informado sobre las "*optional additional and built-in purchases*", en aplicaciones, videojuegos o pagos adicionales por ver ciertas películas tras haber suscrito un contrato sobre servicios audiovisuales. Según al Comisión Europea, los empresarios deben requerir en estos casos el consentimiento expreso del consumidor de acuerdo con el art. 22 de la Directiva y además deben ser informados, de forma destacada y desde el inicio ("*up-front and in a prominent manner*") sobre las fórmulas de pago de esas compras adicionales, antes de contratar el producto digital principal. La Comisión Europea va incluso más allá en la aplicación de la Directiva a casos concretos, y afirma, con criterio que cabe compartir, que la configuración de pagos por defecto no debe permitir que las compras adicionales se hagan sin el consentimiento explícito del consumidor (por ejemplo, introduciendo una contraseña o con otros medios); respecto a las adquisiciones dentro de la propia aplicación (*in-app purchases*), si el sistema permite la validez de la autenticación durante un período de tiempo (por ejemplo, durante 15 minutos), los empresarios no deberían ejecutar configuraciones por defecto, sino que deben requerir también el consentimiento expreso del consumidor también respecto a la duración de esa validación. Sobre los problemas específicos de las "compras dentro de la aplicación", resultan del máximo interés las conclusiones y acciones derivadas de la acción conjunta y coordinada de la Comisión Europea y los Estados Miembros sobre ellas, en especial, para evitar las compras involuntarias por niños (*vid. Common Positions of the national consumer enforcement authorities on consumer protection in games apps from July 2014*, disponible, junto con la posición común de diciembre de 2013, en http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/cross-border_enforcement_cooperation/docs/20140718_in-app_cpc_common-position_en.pdf); en la posición común adoptada en Diciembre de 2013 se envió a Google, Apple y la Federación Europea del Software Interactivo el acuerdo en que les solicitaban que los juegos presentados como gratuitos no indujesen a error sobre su coste real, que no se hiciesen exhortaciones directas de compra a los niños, que no hubiese cobros automáticos por defecto y que facilitasen en todo caso una dirección de correo electrónico para quejas; las empresas y entidades interpeladas adoptaron algunas medidas y se comprometieron a adoptar otras al respecto y la Comisión

"características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas" (art. art. 60.1, al que remite el art. 60.3 para contenidos digitales sin soporte material) hará exigible la información precontractual sobre las condiciones generales de los contratos en los que se limiten o excluyan aspectos relacionados con la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos (número de copias privadas permitidas, límites al disfrute en determinados aparatos o soportes, etc.), pues la configuración mediante tales cláusulas de la licencia de uso de obras protegidas por la propiedad intelectual constituirá una información esencial para determinar la decisión del consumidor de contratar o no un determinado contenido digital.

4.2.1. Información sobre su "funcionalidad"

a) La "funcionalidad" según la norma: las "medidas técnicas de protección"

El art. 60.2.i) TR-LGDCU establece que se considera relevante la obligación de información que se refiere a "*la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables*, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional"[147]. El tan citado considerando 19 de la Directiva 2011/83 aclara qué debe entenderse por "*funcionalidad*": "*las posibles maneras de utilizar el contenido digital*". Como se verá, esta noción puede abarcar numerosas informaciones sobre los requisitos técnicos para el uso, los usos permitidos o restringidos por la naturaleza de las cosas, por efecto legal o por imposición o pacto contractual, etc., y viene a enlazar con los deberes informativos sobre características principales del contenido digital (cómo es, junto con cómo y para qué puede usarse), contenido cuyo valor y prestaciones radican precisamente en el uso dinámico y no en una estática transferencia de la propiedad del bien o producto.

Según las nuevas normas, la información sobre funcionalidad incluye "las *medidas técnicas de protección*" (MTP) de los derechos de los titulares de la propiedad intelectual de las obras o prestaciones digitales. Nuestro ordenamiento cuenta con una definición de estas medidas, cuya protección autónoma mediante la normativa de propiedad intelectual (protegen tecnológicamente a ésta y son protegidas jurídicamente por ella) fue introducida al transponer la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información[148]. En concreto, el art. 160.3 TR-LPI establece que "se

---

Europea y los organismos nacionales prosiguen en la actualidad con la vigilancia del cumplimiento de esas directrices y compromisos.

147 Sólo la parte del artículo que no se transcribe en cursiva, desde "como son […]", está ausente del paralelo art. 97.1.s), que también discrepa en su comienzo: "cuando proceda […]", siguiendo literalmente el art. 6.1 de la Directiva; el art. 60.1.i) prescinde por su parte del inicio ("cuando proceda […]") que sí existe en el originario art. 5.1.g) de la Directiva.

148 Arts. 160 a 162 TR-LPI, introducidos por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, con objeto de transponer la citada Directiva. Como recuerda el art. 160.4 TR-LPI las medidas tecnológicas utilizadas para proteger los programas de ordenador cuentan con su propio régimen.

entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual" y considera "eficaces" dichas medidas cuando el uso de la obra o prestación esté controlado mediante un "control de acceso o un procedimiento de protección como, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre ese objetivo de protección". En el elenco de medidas eficaces, más detallado que el del TR-LGDCU, se traslucen los diversos tipos en que cabe clasificar las llamadas (también por el art. 60 TR-LGDCU) medidas de "gestión de los derechos digitales", traducción de las más conocidas siglas inglesas DRM (*Digital Rights Management*)[149], que, entre otras funciones, permiten a los titulares conocer y controlar el uso que se hace de los contenidos digitales sobre los que tienen derechos de propiedad intelectual. Aparte de otras clasificaciones posibles, suele distinguirse entre medidas que sirven para *prevenir* la infracción de los derechos de propiedad intelectual (entre las que existen tanto *controles de acceso* –iniciales o ulteriores–, como *controles de uso* que impiden la posterior reproducción, comunicación o puesta a disposición del público de la obra o prestación a la que se ha accedido y procuran el seguimiento –*tracking*– del efectivo uso que hace el usuario, como, finalmente, *medidas anticopia*) y medidas que se revelan eficaces *después de producida la infracción* (v. gr., medidas de *bloqueo*)[150]. En la interpretación de qué constituyen medidas tecnológicas eficaces, el TJUE ha adoptado una interpretación extensiva y favorable a dichas medidas, pero estableciendo una serie de criterios para examinar su proporcionalidad (STJUE 23 enero 2004, asunto *Nintendo vs. PC Box*, relativa a las MTP en consolas de videojuegos)[151].

---

149 En la acepción actualmente más extendida, los DRM sirven más para el control del uso de la obra que propiamente para gestionar la explotación patrimonial de los derechos de autor y afines, aunque pueden atender a ambas funciones y de ahí su nombre.

150 Sobre la clasificación de estas medidas, su descripción y régimen jurídico, es de imprescindible lectura GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., "Comentario a los arts. 160 a 162", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 2041-2123, en particular, aquí, pp. 20141-20157. *Vid.* también, para la relación entre DRM y protección del consumidor, CABEDO SERNA, "Los consumidores y las medidas tecnológicas…", cit., y sobre los tipos, pp. 68-69. Y entre la bibliografía extranjera, por todos, el pionero y completo trabajo de HELBERGER, N. (dir.), *Digital Rights Management and Consumer Acceptability. A Multi-Disciplinary Discussion of Consumer Concerns and Expectations. State-of-the-Art Report*, Indicare Project, Diciembre 2004, pp. 1-139 (disponible en http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=60, fecha de consulta 15 junio 2014).

151 STJUE 23 enero 2014, *Nintendo Co. Ltd y otros v. PC Box Srl y 9Net Srl*, asunto C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25. El Tribunal entendió como válidas y eficaces medidas tecnológicas de protección de los videojuegos de Nintendo no sólo las instaladas en el propio soporte físico que contiene el videojuego sino también en la consola reproductora (los dispositivos de PC Box contaban con un programa informático complementario para eludir aquellas medidas). El TJUE acota en todo caso la interferencia que estas MTP pueden tener en relación con otros dispositivos en función del uso y finalidad de éstos.

Por tanto, en síntesis, las medidas tecnológicas o MTP pueden impedir o limitar el uso de la obra o prestación digital, o el número de usos, o impedir o limitar la copia privada (ambos aspectos de "funcionalidad"), así como impedir su goce en ciertos aparatos reproductores o en un número concreto de dispositivos (aspecto de "interoperabilidad"). Según estudios empíricos recientes casi un tercio de los problemas experimentados por los consumidores en relación con contenidos digitales tenían que ver con problemas de acceso (imposibilidad de escuchar o ver los contenidos en ciertos aparatos, codificaciones regionales, denegación de acceso ante ciertos usos por medidas tecnológicas o licencias restrictivas, etc.)[152]. El TR-LGDCU considera como especies del género MTP, tanto los DRM (o sistemas de "gestión de los derechos digitales", ya explicados) como la "*codificación regional*". En sentido estricto, ésta hace referencia a los códigos de restricción regional de los soportes ópticos (DVD, discos Blu-Ray, u otros que van de los primitivos cartuchos de videojuegos a los modernos soportes[153]) y sus aparatos reproductores (de contenidos videográficos y de videojuegos fundamentalmente). De acuerdo con el estándar de la industria de distribución de películas[154], a efectos de esta codificación el mundo se segmenta en seis regiones para los DVD y en tres regiones para los soportes Blu-Ray, de manera que, salvo que el soporte se encuentre liberado de codificación regional, uno adquirido para una región no funcionará en otra. La justificación de esta fragmentación, según sus promotores, radica en garantizar la explotación de una obra en diversas partes del mundo sin que su estreno (película, obra teatral, etc.) haya de producirse a la vez en todos los países[155].

Aunque, como se acaba de explicar, en sentido estricto la codificación regional se refiere a soportes ópticos y aparatos reproductores, dado el carácter ejemplificativo de las MTP citadas en el TR-LGDCU, pueden entenderse equiparables a esa medida las

---

[152] *Vid.* EUROPE ECONOMICS, *Digital content services for consumers: Assessment of problems… (Appendix 9)*, cit. [2011] (disponible en http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/empirical_report_final_appendix_9_2011-06-15.pdf), p. 48, donde se cuantifica en un 31% este tipo de problemas.

[153] En la actualidad, el 78% de toda la facturación española de la industria de videojuegos procede de la distribución *on line* de contenidos y sólo el 22% se corresponde con la venta de videojuegos en soporte físico, según informa el *Libro Blanco del desarrollo español de videojuegos*…, cit., p. 34.

[154] La *DVD Copy Control Association* (http://www.dvdcca.org) , aglutina a la mayor parte de distribuidores de contenidos videográficos y, además de gestionar las licencias relativas al sistema de protección anticopia CSS (*Content Scramble System*), impone y defiende esta codificación regional. En el caso de los Blu-Ray la proporción de discos protegidos por códigos de restricción regional es muy inferior (pues unos dos tercios de los Blu-Ray son *code región free*, según refleja la base de datos http://regionfreemovies.com, fecha de consulta 1 septiembre 2014). En el caso de las consolas de videojuegos, prácticamente todas cuentan con restricciones regionales. Para un análisis de estos datos y el impacto de la falta de información sobre la codificación –que, dada su estandarización podría entenderse como razonablemente esperable por el consumidor– respecto al principio de conformidad en la compraventa, *vid.* YANGUAS GÓMEZ, "El principio de conformidad…", cit., pp. 494-496.

[155] De esta forma, los titulares de derechos de propiedad intelectual tratan de garantizar las diversas "ventanas" de explotación, al poder vender un DVD en un país al poco tiempo del estreno en taquilla de una película que puede no haber sido estrenada aún en otro país. *Vid.* la explicación según la *DVD Copy Control Association* en http://www.dvdcca.org/faq.aspx#qa12.

limitaciones geográficas para el acceso a los contenidos digitales on line, detrás de las cuales late el conflictivo problema de las licencias multiterritoriales de derechos de autor, que es uno de los puntos centrales del actual debate sobre la revisión europea de las normas de propiedad intelectual y al que atiende la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero[156]. Se trata de supuestos en que determinados contenidos digitales *on line* sólo son accesibles desde (IPs de) determinados países[157], con el problema incluso no ya de acceso o imposibilidad de contratación desde un país para el que tales contenidos digitales no están disponibles, sino de que un consumidor que contrató un servicio digital *on line* en un país no pueda acceder a él desde su dispositivo cuando se encuentra en otro país (en el que incluso puede ofrecerse el mismo servicio o contenido por el mismo empresario). Se trata, a la postre, de una cuestión de portabilidad (e interoperabilidad) transfronteriza. Un "barrido sobre contenidos digitales" efectuado en 2012 por la Comisión Europea en busca de infracciones de las normas europeas en los sitios web de distribución de estos contenidos revela que en más del 70% de los sitios visitados no se informa a los consumidores de que no podrán usar el contenido digital en otro Estado miembro de la UE[158].

En definitiva, a la *pregunta acerca de si las MTP* –que pueden reducir y, en algunos casos, impedir o eliminar la funcionalidad del contenido digital contratado por el consumidor– *son lícitas en nuestro país, la respuesta obvia es que sí y de ahí que el TR-LGDCU establezca por fin deberes explícitos de información* precontractual sobre ellas y, en particular, no sólo de su existencia, sino del alcance de las restricciones de acceso y uso que pueden producir. La *ausencia de información* al respecto no sólo traerá

---

156 *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, cit., pp. 7-10, cuestiones 1 a 7 a partir de la amplia pregunta: "¿Por qué no es posible acceder a muchos servicios de contenido *on line* desde cualquier parte de Europa?", donde se describen las, hasta ahora infructuosas iniciativas de las instituciones europeas para fomentar las licencias paneuropeas y eliminar los obstáculos existentes; *vid.* el sitio web de la Comisión Europea *Licences for Europe* en http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/. Un primer paso en su fomento se ha dado con la *Directiva 2014/26/UE, de 26 febrero*, relativa a la gestión colectiva a los derechos de autor y derechos afines y a *la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior*.

157 Con el problema incluso no ya de acceso o imposibilidad de contratación desde un país para el que tales contenidos digitales no están disponibles, sino de que un consumidor que contrató un servicio digital *on line* en un país no pueda acceder a él desde su dispositivo cuando se encuentra en otro país (en el que incluso puede ofrecerse el mismo servicio o contenido por el mismo empresario). Se trata, en definitiva de una cuestión de portabilidad (e interoperabilidad) transfronteriza.

158 En concreto, en el 73% de las webs visitadas, esto es, en 726 de 1001 sitios webs controlados en este punto: *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *2012 Sweep on Digital Content*, desarrollada en el verano de 2012 en coordinación con las autoridades de consumo de 26 Estados miembros más Noruega e Islandia, en la que se comprobó un núcleo de 330 sitios web que venden productos digitales (en concreto: juegos, libros, videos y música). Toda la información y documentación, incluido un estudio complementario, está disponible en http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/ (fecha de consulta, 15 julio 2014). Otra de las principales conclusiones es la referida a la falsedad de la publicidad sobre juegos gratuitos y la vulnerabilidad de los menores en este campo.

aparejadas las consecuencias y sanciones propias de esa infracción[159], sino que tendrá una importancia determinante a la hora de evaluar la falta de conformidad del contrato; en este sentido, si el distribuidor informa correctamente antes de contratar de que el contenido digital sólo puede reproducirse un número de veces o que tolera una sola copia privada, el consumidor difícilmente podrá acogerse a los remedios propios de la falta de conformidad[160]. Pero los nuevos deberes de información precontractual aún plantean dos preguntas adicionales: *¿es obligatorio informar de que existen MTP o también de que no existen?* Evidentemente, la ausencia de medidas técnicas, que no restrinjan la funcionalidad, es beneficiosa para el consumidor y, por tanto, no informar sobre la ausencia de MTP parece, en principio, inocuo[161]. Sin embargo, probablemente, para fomentar una correcta y completa descripción de las características principales de los productos, el considerando 19 de la Directiva 2011/83 afirma: "y referirse asimismo a la *ausencia* o la presencia de cualquier limitación técnica" (énfasis añadido). Más dudoso resulta responder a la siguiente cuestión: *¿existe obligación de informar de cuáles son en concreto las MTP?* A mi juicio, y con la precaución que impone la ingente disparidad de contenidos digitales y MTP, lo importante no tanto es informar en todo caso de los detalles técnicos de las concretas medidas tecnológicas, sino explicar su existencia y los usos que restringen o modulan, principalmente para no incurrir en falta de conformidad con las legítimas expectativas del consumidor. Finalmente, también parece pertinente *exigir la información precontractual de las restricciones contractuales que se desvían de los límites legalmente establecidos*[162] en garantía de la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos digitales. Y en este punto, resulta necesario explorar el diseño legal de los derechos de los usuarios legítimos reconocidos en la legislación sobre propiedad intelectual, como ahora se hará.

En efecto, antes de los nuevos requisitos informativos sobre las medidas técnicas de protección establecidos por la Ley 3/2014 en el TR-LGDCU, la intersección entre el Derecho de consumo y el Derecho de propiedad intelectual ya contaba con la previsión del (polémico) *art. 161 TR-LPI*, con el que se pretendía ponderar todos los intereses en juego y garantizar en alguna medida también la posición del usuario legítimo de obras y prestaciones protegidas –pero sin establecer, entonces y ahora, en la LPI deberes *ad hoc*

---

159 Una sistematización en CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al art. 60 TR-LGDCU", en ID., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 508-510. Y *vid. infra* el elenco, aplicado a los contratos sobre contenidos digitales, apartado 4.2.3.b).

160 En el mismo sentido, HELBERGER, "Digital Content Contracts for Consumers", cit., pp. 47 y 51. Por otra parte, desde luego, el contenido digital protegido mediante MTP no puede considerarse como "producto defectuoso" en sentido legal a efectos de responsabilidad civil extracontractual simplemente por no funcionar, pues ese es un aspecto de incumplimiento contractual o falta de conformidad (pero sí puede aplicarse el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, en los supuestos en que las MTP causasen *per se* daños a los equipos y bienes del consumidor, como pérdida o corrupción de otros archivos o datos del usuario, etc.).

161 Y, en este sentido podría interpretarse el inciso inicial del art. 97.1.s-t), "*cuando proceda*" ("*where applicable*" de los arts. 5.1.g-h y 61-r-s de la Directiva 2011/83).

162 En el mismo sentido, HELBERGER, *op. ult. cit.*, p. 49; LOOS, "The Regulation…", cit., p. 753.

de información, que es en lo que resultan novedosas las normas de 2014–. Dado que el recurso a las medidas técnicas de protección puede alterar *de facto* el equilibrio que la normativa de propiedad intelectual pretende entre titulares y usuarios, bajo el título de "límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas", el art. 161.1 TR-LPI establece que los *titulares de derechos* sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas "*deberán facilitar a los beneficiarios de los límites"* (en concreto, un elenco cerrado de límites "privilegiados" o "fuertes" enumerados en ese precepto, como los relativos a fines de seguridad pública o la ilustración de la enseñanza y otros, pero no todos los de la LPI[163]) *"los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad"*. Por lo tanto, *existe una garantía legal del uso de los contenidos digitales en la medida en que los aspectos de su funcionalidad estén amparados por algunos de los límites* o excepciones a la propiedad intelectual (uno de los más relevantes y polémicos, de cara al uso que puede hacer el consumidor de estos contenidos, es la llamada "copia privada", con un régimen "rebajado" *ad hoc* en el art. 161.4[164], que se analizará acto seguido específicamente); *pero también existe dicha garantía legal del uso frente a MTP cuando éste esté previamente autorizado contractualmente*[165], más allá, por tanto de los límites protegidos por el art. 161.1 TR-

[163] En concreto, los límites enumerados en las letras a) a g) de ese art. 161.1, entre los que se encuentran (a) el límite de copia privada, (b) el relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad, (c) el relativo a la ilustración de la enseñanza, etc. La Directiva 2001/29/CE imponía la obligación de transponer al menos esos límites especialmente protegidos, pero no vetaba incluir otros (*vid.* art. 6.4 de la Directiva), aunque el legislador español apenas usó de esa prerrogativa ampliatoria, salvo para el caso del límite de copia privada. Según la doctrina española (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, "Comentario al art. 161", cit., pp. 2083 y 2088-2090) no es posible eludir las medidas tecnológicas con un pretendido ejercicio de otras excepciones o límites contenidos en la LPI y no recogidas en el art. 161.1, pero el legislador sí podría en el futuro ampliar el elenco.

[164] En definitiva, en el sistema de la Directiva (seguido por el legislador español) existen unos límites "fuertes" o privilegiados (los del art. 161.1), respecto de los que los Estados *deben* adoptar medidas para que sus beneficiarios disfruten del uso que garantiza el límite pese a las MTPs (*id est*, art. 161.1, 161.2 y 161.3), y unos límites "débiles" (los que no están en art. 161.1, sino en el resto de la LPI) que pueden ser legítimamente socavados mediante MTP. El caso de la copia privada, se incardina específicamente entre los "débiles" (*ex* art. 6.4 § 2 Directiva), de manera que si el legislador opta por incluirlo entre los límites protegidos frente a las MTP (como hizo, art. 161.1.a), no está obligado a tomar medidas para que el beneficiario pueda disfrutar del mismo (los estados "*podrán*"); en tal caso, el Estado puede decidir que la copia privada cede, total o parcialmente, ante las medidas técnicas (que es lo que hace, a medio camino, el art. 161.4 TR-LPI). Sobre el carácter fuerte o débil de las excepciones en relación con las MTP y la escasa protección de la copia privada, *vid.*, entre otros, MARÍN LÓPEZ, J. J., "La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección", *Pe.I.*, 2005, p. 43 y ss.

[165] Naturalmente, cabe predicar el mismo respeto debido a los auténticos derechos de uso del usuario legítimo (no cubiertos por límites legales en sentido estricto), como ocurre, por poner un ejemplo, con los derechos de extracción y reutilización del usuario legítimo de una base de datos (cfr. art. 134 sobre "derechos" en contraste con el art. 135 TR-LPI sobre "excepciones" o límites; nótese además que el art. 134.3 declara la configuración legal de esos derechos como una norma imperativa que no admite pacto en contrario). De hecho, la propia definición legal de "medida tecnológica" conduce a esa conclusión, pues busca impedir o restringir *actos "que no cuenten con la autorización de los titulares* de los correspondientes derechos de propiedad intelectual" e, indudablemente, los auténticos derechos de uso de la obra o prestación cedidos al consumidor para un "funcionamiento normal" relacionado con su goce

LPI. El art. 161.2 remite a los beneficiarios de esos límites a la jurisdicción civil si los titulares de la propiedad intelectual no cumplen con el mandato e interfieren con MTPs la funcionalidad debida de la obra o prestación[166] y añade que si los beneficiarios son consumidores en el sentido de la LGDCU, "en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

Pero el inciso verdaderamente trascendental del art. 161 TR-LGDCU sobre el equilibrio entre medidas técnicas y límites a la propiedad intelectual es el consagrado en su apartado 5. Una lectura de esta regla en clave de la dicotomía de las nuevas reglas de consumo sobre contenidos digitales en función de si se suministran con o sin soporte material[167], puede tener consecuencias ciertamente trascendentales. Según el art. 161.5 TR-LPI, "lo establecido en los apartados anteriores de este artículo *no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público* con arreglo a lo convenido por contrato, *de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*". Este oscuro y polémico artículo –con el que se buscaba alcanzar una solución de compromiso en la Directiva– pretende dar prioridad a los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos digitales (o sobre ciertos contenidos digitales) *"puestos a disposición del público" en Internet*, de manera que si los protegieron con medidas tecnológicas y contractualmente, mediante licencias de uso, restringieron o impidieron ciertos usos (incluso los amparados por los límites fuertes o privilegiados) esa actuación se considera legítima y se admite legalmente. Dicho en otros términos, el acuerdo contractual reforzado con MTP respecto de contenidos digitales suministrados en línea impediría al usuario legítimo exigir el levantamiento de las MTP para disfrutar de los beneficios propios de los límites o excepciones a los derechos de los titulares de la propiedad intelectual (como la copia privada).

Al margen de la crítica que sin duda puede merecer esta solución legislativa[168], lo cierto es que su alcance puede ser mayor o menor según se interprete el tipo de contenidos

---

contarán con dicha autorización contractual que, por ende, no puede conculcarse después con una medida tecnológica.

166 Según el art. 161.2 TR-LPI, "cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil".

167 Que, ya se avanza, puede ser traicionera, pues esa dicotomía, como se ha visto, tiene un alcance muy restringido y propio en TR-LGDCU, en relación fundamentalmente con el derecho de desistimiento y, por tanto, puede conducir a resultados no deseados por el legislador de propiedad intelectual, que parte de otras categorías al tener en cuenta la existencia de "soportes" o "ejemplares" (derecho de distribución, derecho de comunicación pública, etc.).

168 Pues altera (ampliándolo) el contorno tradicional de los derechos exclusivos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual, deja en entredicho el carácter imperativo de los límites a ésta[168] y lo hace entregando la configuración de tales derechos y sus límites a "lo convenido en el contrato" (en un entorno, como el de la contratación de contenidos digitales en línea, masivamente sometido a contratos de

digitales o, por mejor decir, el *tipo de "medios de suministro"* de los contenidos digitales[169] que están *comprendidos en el art. 161.5* TR-LPI. A mi juicio, existen al menos *dos posibilidades*: o bien (a) entender que por medio de cláusulas contractuales y medidas tecnológicas puede impedirse la operatividad del límite de copia privada y del resto de límites a la propiedad intelectual en caso de *contratos sobre cualesquiera contenidos digitales suministrados sin soporte material (on line, por Internet*) *o bien (b) esa restricción*, favorable a la plena virtualidad de las MTP, *se refiere sólo a la forma de suministrar ciertos contenidos* digitales *on line*, en concreto, a los *servicios interactivos a la carta*. En el trasfondo de ambas soluciones late la dificultad de calificar ciertos actos como las descargas de obras o prestaciones desde Internet en las categorías tradicionales de la propiedad intelectual (como actos comprendidos en el derecho de distribución del art. 19 LPI o como actos de comunicación pública del art. 20 LPI, en concreto, como puesta a disposición interactiva del público del art. 20.2.i LPI)[170], así como la deliberada indefinición del legislador europeo y del español, que trasladan así la resolución de la ambigüedad al ámbito de la interpretación judicial. Veamos ambas hipótesis del ámbito propio del art. 161.5 TR-LPI:

a) Primera interpretación: cuando los contenidos digitales se descarguen directamente de Internet o se proceda a su uso estrictamente *on line* (visualización o audición en tiempo real o *streaming*), pues ambos actos podrían entenderse comprendidos en la expresión de haberse "*puesto a disposición del*

---

adhesión) y a la decisión de proteger los contenidos con medidas tecnológicas. Por lo demás, tampoco la propia naturaleza de los límites o excepciones a los derechos de propiedad intelectual está exenta de polémica, pues mientras es claro que la Directiva 2001/29/CE no dota de carácter imperativo a estos límites, las transposiciones nacionales son diversas, e incluso dentro de la legislación española, la cuestión no es pacífica, pues mientras algunos consideran imperativos todos los límites, otros distinguen según el fundamento de cada uno (derechos fundamentales, consideraciones económicas, etc.), e incluso existen voces contrarias a la imperatividad.

[169] Según la distinción entre contenidos digitales y medios de suministro que se proponía al principio de este trabajo.

[170] Se hace eco de esta dificultad de calificación F. RIVERO HERNÁNDEZ ("Comentarios al art. 19", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [Dir.], *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 332) en estos términos: "la diferencia entre comunicación pública y distribución, clara en otro tiempo –necesidad de 'original o copias de la obra, en soporte tangible', para la distribución, y no siempre para la comunicación pública–, se va desdibujando, resulta menos evidente en el llamado entorno digital, en que la puesta a disposición interactiva y transmisión de obras por redes (Internet) permite obtener una 'copia' al final del proceso de transmisión, que no deja de ser una forma de comercialización. Este fenómeno, de discutida calificación en nuestro ordenamiento –regulada en nuestra LPI como comunicación pública [art. 20.2.i)]–, es considerado "distribución por medio de transmisión" en otros y por cierta doctrina (cfr. comentario al art. 19)". En el mismo sentido, P. A. DE MIGUEL ASENSIO (*Derecho privado de internet*, 4ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 670) alude al "debate acerca de la eventual calificación jurídica unitaria de la transmisión digital de una obra como reproducción, comunicación pública o distribución". Por su parte, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA ("Comentarios a los arts. 19 y 20", en ID. [coord.], *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 186 y 199), entre otros, considera las descargas de internet como un supuesto de comunicación pública y no de distribución. Ciertamente, el preámbulo de la Ley 23/2006 ya decía que la referencia al soporte tangible "evita la confusión significativa que a veces ocurre en el ámbito de la explotación en red".

público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija" (art. 161.5 TR-LPI), los titulares de la propiedad intelectual no tendrán obligación legal de facilitar a los beneficiarios de los límites de la propiedad intelectual[171] los medios adecuados para disfrutar de ellos sin interferencia de las medidas tecnológicas. Como aclara la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006, que introdujo el art. 161.5 TR-LPI, "en tales circunstancias prevalecerán las medidas tecnológicas. De esta forma podrán desarrollarse en la red modelos de negocio que respondan a un amplio abanico de posibilidades diferenciadas e independientes de utilización, más próxima a la licencia o a la autorización de actos". En definitiva, como sostiene parte de la doctrina, la voluntad de los titulares de la propiedad intelectual al proteger sus obras con MTP es absoluta cuando hay una licencia *on line*[172]. Dicho en otros términos, propios del TR-LGDCU: *en caso de contratos sobre contenidos digitales "suministrados sin soporte material" el titular de derechos de propiedad intelectual puede emplear las MTP para impedir la copia privada o la operatividad de otros límites a la propiedad intelectual*. Esta solución, a la vista del art. 161.5 y su amplio tenor literal, no resulta descabellada, máxime cuando: su descripción de la "puesta a disposición del público" es una copia de la contemplada en el art. 20.2.i) TR-LPI; la doctrina duda sobre si entender ahí comprendidas las descargas (legítimas) desde internet –máxime con la volubilidad de los cambios tecnológicos–; y la explicación de la citada Exposición de Motivos ya muestra su preferencia por la primacía del acuerdo contractual reforzado por MTPs para fomentar nuevos modelos de negocio basados en el pago por uso.

b) *Segunda interpretación (preferible, a mi entender):* la primacía de las MTP o medidas tecnológicas sobre los límites en el entorno *on line debe acotarse exclusivamente a los servicios interactivos a la carta*, como propone otra parte

---

171 Ni los citados en el art. 161.1 TR-LPI, ni los demás límites del TR-LPI (ya excluidos de esa garantía por el propio diseño de *numerus clausus* del art. 161.1). Pero sí, conforme expuesto, deben las MTP respetar los usos autorizados contractualmente.

172 Como explica GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ ("Comentario al art. 161", cit., p. 2102), "la postura del artículo 6.4.IV DDASI [= 161.5 LPI] fue meridianamente clara. Las excepciones o límites a los derechos patrimoniales (no sólo la de copia privada, sino todas ellas) están supeditadas a la voluntad exclusiva de los derechohabientes cuando existe un contrato o licencia *on-line* que liga directamente al usuario, estableciendo condiciones respecto del modo de acceso y los posibles usos que pueden hacerse de la obra o prestación (…). La primacía de la voluntad de los derechohabientes respecto de la protección de sus obras mediante medidas tecnológicas cuando hay una licencia *on-line* se convierte así en absoluta. No tiene valor la lista de límites privilegiados del artículo 161.1 LPI". Según este autor (*op. cit.*, p. 2013), la decisión de la Directiva y el legislador español es razonable, pues admitir la copia privada para obras comercializadas mediante licencias en línea acabaría con el mercado de visualización y audición en tiempo real antes de comenzar.

de la doctrina[173]. En defensa de esta interpretación, más favorable a los consumidores, cabría aducir, por una parte, la explicación que el considerando 53 de la Directiva 2001/29 daba del art. 6.4.IV (el origen literal del art. 161.5 TR-LPI) y, por otra parte, la necesidad de no hacer una interpretación extensiva de una restricción para darle un alcance casi absoluto. En efecto, según el considerando 53 de dicha Directiva, "la protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de *servicios interactivos a la carta*, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. *Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales no deben aplicarse* los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. *Las formas no interactivas deben seguir sometidas a dichas excepciones*". Sin duda, la inclusión de este considerando –incluido *in extremis* en la Directiva– dentro la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006, como proponían algunos autores[174], hubiese contribuido a despejar incógnitas[175], en un entorno como el virtual en el que las descargas de obras y prestaciones parecen apelar más a los derechos de reproducción y distribución (arts. 18 y 19 LPI: pues podría entenderse que existe una "copia", siguiendo el tenor legal[176], que se almacena en un dispositivo), más que una comunicación pública, tanto en su sentido tradicional[177], como en la subespecie de la puesta a disposición interactiva del art. 20.2.i) TR-LPI al que apela el art. 161.5 TR-LPI, propiamente ideado para servicios de video o radio a

---

173 Entre otros, y por todos, con completa argumentación, J. LÓPEZ RICHART ("La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. [dir.], *Límites a la propiedad intelectual*…, cit., pp. 225-228), quien alude a que *probablemente estaba en la mente del legislador únicamente la puesta a disposición a través de streaming*. Acotar cuáles son esos servicios interactivos a la carta tampoco es pacífico, pues otros autores (citados *ibidem*, p. 227, n. 212) sostienen que la regla se refiere sólo a contenidos en los que contractualmente se permite al usuario un solo acto de disfrute (ver/escuchar una película o canción una sola vez: VINJE) o bien sólo a las obras que se pueden ver o escuchar directamente desde el servidor pero no a las descargadas, por considerar que tras la descarga ya no existe interactividad (GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, p. 314).

174 CASAS VALLÉS, R., "La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España", Diciembre 2014, p. 20, disponible en www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf, fecha de consulta 10 julio 2014.

175 Por su parte, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (*El Derecho de autor en internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2001, p. 591; e ID., "Comentario al art. 161", cit., p. 2101) no parece considerar objeción relevante la concreción establecida en el considerando 53.

176 *Vid.* la nota siguiente.

177 Cabe recordar que el art. 20.1 define comunicación pública como "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas"; y como una especie de este tipo ("especialmente, son actos de comunicación pública"), el legislador de 2006 introdujo, para transponer la noción de la Directiva 2001/29 y despejar cualquier duda, la letra i) del art. 20.2: "La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija". Y no se pierda de vista que, conforme al art. 19 TR-LPI, "se entiende por *distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias* de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo *o de cualquier otra forma*".

la carta con usos restringidos, visualizaciones en *streaming* sin descarga en el momento y lugar que elige el usuario, etc.

Sea cual sea la interpretación adoptada, pero especialmente en caso de ser cierta la primera, la *obligación de información precontractual* al consumidor de productos digitales *on line* sobre el alcance de las MTP cobra una importancia crucial, pues diversos estudios de campo acreditan como una *expectativa muy extendida* entre los consumidores la convicción de que, lo mismo que pueden hacer copias privadas del ejemplar adquirido en CD o DVD (de canciones o películas), podrían hacer copias privadas de los mismos contenidos adquiridos legítimamente en internet[178]. Y, como se ha visto ya y ahora se abundará, no siempre esas expectativas descansan en una base legal cierta o incontrovertida.

b) El problema especial de la "copia privada" de contenidos digitales

Sobre los siempre debatidos aspectos de la llamada "copia privada", existe un punto de partida capital que, desde el punto de vista de técnica legal y de naturaleza jurídica *lege lata*, no debe presentar dudas: *se trata de una "excepción" o "límite"*, introducido *ex lege* al derecho exclusivo de reproducción del titular del derecho de autor *y, no, por tanto, de un derecho del beneficiario de dicho límite*[179]. Del régimen vigente sobre la copia privada han de resaltarse a los efectos de este ensayo cinco consideraciones:

i) El límite de "copia privada" supone que no es necesaria la autorización del autor para la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas y cuenta con tres requisitos: que la persona física realice la copia *para su uso privado*, a partir de obras a las que haya *accedido legalmente y no* la utilice *de forma colectiva ni lucrativa* (art. 31.2 TR-LPI); los usuarios legítimos de contenidos digitales que merezcan la calificación legal de obra (fonogramas, videogramas, obras literarias, etc.) también se beneficiarán, por tanto, de este límite[180].

---

[178] Entre otros, *vid.* los resultados de sendos *European Consumer Surveys* realizados bajo la dirección de N. DUFFT para la Comisión Europea y disponibles en http://www.indicare.org/tiki-page.php?pageName=Downloads, titulados *Digital Video Usage and DRM* (Berlin, 23 February 2006) y *Digital Music Usage and DRM* (Berlín 24 mayo 2005). En España, además de ciertos informes y protestas de algunas asociaciones de consumidores, la defensa de este estado de opinión se llevó a denuncia ante el Instituto Nacional de Consumo, con motivo de las MTP anticopia de un disco del cantante Alejandro Sanz de 2003 (al respecto, CABEDO SERNA, *op. cit.*, pp. 69-71 y 111-112).

[179] Esta calificación hace que los beneficiarios del límite o excepción no tengan libertad plena para tomar medidas autónomas que les permitan disfrutar de él y, por tanto, no podrán vulnerar una medida tecnológica de protección sin infringir la propiedad intelectual de su titular, sino que habrán de acudir a los cauces establecidos en el art. 161 (ampararse en medidas voluntarias adoptadas por el titular de la propiedad intelectual, acudir a la jurisdicción civil).

[180] La doctrina resalta que para la LPI es indiferente no sólo el soporte en que se fija la reproducción para uso privado, sino también la fuente de la obra reproducida (v. gr., descarga de archivo desde internet, grabación de una emisión de radio digital): así, MARÍN LÓPEZ, J. J., "La copia privada…", cit., p. 18; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Comentario al art. 31", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., p. 558. En definitiva, la obra reproducida puede

ii) Sin embargo, el límite de copia privada no alcanzará algunos de los contenidos digitales más importantes, los cuales, desde el punto de vista legal, merecerán la calificación *bien de programas de ordenador bien de bases de datos* (en una u otra categoría o en ambas: apps, videojuegos, plataformas de prensa digital y un largo etc.). La legislación española, de acuerdo con las Directivas de las que trae causa, excepciona expresamente de la copia privada los programas de ordenador[181] y, en la terminología propia del derecho *sui generis* sobre bases de datos, de la paralela "extracción para fines privados del contenido de una base de datos electrónica"[182], lo cual abarca las bases de datos electrónicas en línea en Internet y fuera de línea.

iii) El límite de copia privada (respecto a las obras o prestaciones no excluidas de él) no podrá ser socavado mediante medidas tecnológicas cuando los contenidos digitales suministrados en soporte material no hayan sido adquiridos mediante contrato electrónico celebrado en Internet, pues la fórmula contractual de la compraventa del soporte (CD, DVD, etc.) en un establecimiento comercial físico escapa en todo caso de la regla especial del art. 161.5 TR-LPI ya estudiada ("puesta a disposición del público" interactiva, *on line*).

iv) Cuando se admite *ex lege* la copia privada respecto de contenidos digitales, el marco legal no es claro en cuanto al *número de reproducciones permitidas* (v. gr., el número de copias permitidos de una canción en distintos dispositivos). Aunque en trabajos prelegislativos (del TR-LPI por un lado, de la Directiva 2011/83 y el CESL por el otro) se llegó a proponer un número que oscilaba entre tres y cinco copias[183], lo cierto es que conviene distinguir entre el número de copias privadas autorizado (en principio tanto para contenidos analógicos como digitales) en el art. 31.2 TR-LPI y el mínimo tolerado por la ley cuando el titular de la propiedad intelectual introduce MTP en el contenido digital (art. 161.4).

---

proceder de un soporte material distribuido o haberse hecho accesible mediante una comunicación al público o puesta a disposición.

[181] Art. 31.2 en relación con los arts. 99.a, 100.2 y 102.c (éste sobre MTP) del TR-LGDCU, quedando a salvo sólo la llamada "copia de seguridad".

[182] Art. 135 TR-LPI. Sobre esta restricción, que ni siquiera deja margen a las copias de seguridad admitidas para los programas de ordenador, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentarios al art. 135", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual"*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, en especial, pp. 816-818.

[183] El Proyecto de Ley de reforma de la LPI presentado por el Gobierno al Parlamento fijaba tres copias para entender cumplido el disfrute del límite (*vid.* art. 161.4 del Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 44-1, de 26 de agosto de 2005). Sobre el *iter* parlamentario de esa norma y las enseñanzas del Derecho comparado, véanse las atinadas y completas observaciones de LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 209-212. Por su parte, el Grupo de Ámsterdam que elaboró el análisis comparado que sirvió del base al régimen de los contenidos digitales en la Directiva 2011/83 y en el CESL recomendaba hacer constar legalmente que el ejercicio de este límite daba lugar a "un número limitado de copias privadas (v. gr., entre 3 y cinco copias)", así como extender la regla de la copia de seguridad de la Directiva sobre programas de ordenador a otros contenidos digitales (UNIVERSITY OF AMSTERDAM, *Digital content services… Final report…*, cit., p. 224 y ss.).

En la regla general que introduce el límite de copia privada, el *art. 31.2*, el legislador optó por no fijar un número mínimo ni máximo, por lo que, de acuerdo con el entendimiento mayoritario[184], *no se circunscribe a una sola*, sino que habrá que acudir a la llamada "regla de los tres pasos" consagrada en el art. 40 bis TR-LPI, de forma que dicho límite no podrá interpretarse de manera que su aplicación cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o vaya en detrimento de la explotación normal de las obras. En este sentido, y teniendo siempre presente que las copias deben atenerse a un uso privado y no lucrativo, existen diversas motivaciones y finalidades por las que el usuario puede desear hacer una copia de la obra o prestación legítimamente adquirida (los cuatro conocidos supuestos de disponibilidad temporal y espacial, interoperabilidad y fines compilatorios, i.e., *time-sifting*, *space-sifting*, *device-sifting* y *sampling*)[185]; y no todas esas finalidades son igualmente dañosas para el titular de la propiedad intelectual, pues algunas, como la conversión del formato[186], las compilaciones (de obras musicales) para que disfruten de ellas personas de su entorno familiar o las puras copias de seguridad en unidades o discos de memoria para evitar su pérdida definitiva en caso de deterioro, robo o destrucción del ordenador son actos de copia privada con mínimo impacto en los intereses del titular de la explotación de la obra o prestación[187]. Cabe entender que la fórmula de remuneración del perjuicio que ocasiona el límite de copia privada, esto es, la llamada compensación equitativa[188], ya cubre este tipo de actos.

Ahora bien, *cuando el titular* de los derechos de explotación de la propiedad intelectual *introduce medidas tecnológicas de protección*, el panorama legislativo cambia por la expresa previsión del supuesto en el art. 161.4 TR-LPI, que se introdujo al amparo del margen que el art. 6.4 § 2 de la Directiva 2001/29 dejaba a los Estados miembros que decidiesen, como España, garantizar la copia privada también frente a MTP. Dado que la Directiva no imponía que en tal caso se estableciesen medidas para garantizar en todo caso el disfrute de la copia privada (límite "débil", en el sentido expuesto), el legislador español optó por la solución de establecer que los titulares podrán establecer medidas

---

184 V. gr., LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 207, con cita de SÁNCHEZ ARISTI, R., "La copia privada digital", *Pe.i*, 14, 2013, p. 13.

185 Como se explica en la fuente de la nota anterior (*ibidem*, p. 207, n. 125), son supuestos típicos grabar un programa de televisión o radio para disfrutar de él en otro momento (disponibilidad temporal), copiar una obra disponible en el ordenador para usarla en otro lugar (disponibilidad espacial), cambiar el formato para reproducirla en otro dispositivo o hacer una recopilación de obras musicales para que otras personas del círculo privado las disfruten. Resulta evidente que la evolución tecnológica ha hecho casi obsoletas algunas de esas actividades y ha propiciado otras nuevas, como puede ser cargar en el sistema de almacenamiento en la nube (*cloud computing*) contenidos digitales precisamente para disponer de ellos en otros lugares o, en su caso, compartirlos.

186 V. gr., para ahorrar espacio sin una sustancial pérdida de calidad, o para hacer viable el funcionamiento de la obra en un dispositivo distinto del ordenador en que se descargó.

187 Así lo defiende también BEUC, *Public Consultation… Response*, cit., p. 42.

188 Es decir, la compensación equitativa del art. 25 TR-LPI o su cuestionado sustituto tras el RDL 20/2011: *vid.* el reciente Auto TS (sala 4ª) de 10 septiembre 2014 planteando cuestión prejudicial ante el TJUE respecto al sistema de compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado.

tecnológicas "*respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada"* y los beneficiarios de ésta no podrán exigir su levantamiento[189]. Esto conduce, en una decisión criticada, a que quede al arbitrio del titular de la propiedad intelectual fijar el número de copias por la vía de hecho de las MTP; pero no podrá eliminar absolutamente ese límite de copia privada, de manera que las *MTP implantadas deberán permitir al menos la realización de una copia para uso privado*. Su margen de arbitrio está en el "número de reproducciones" no en impedir todo tipo de reproducciones (tanto en contenidos digitales suministrados con soporte material como sin soporte). Ese margen sólo se podría acaso ver incrementado hasta devenir absoluto (eliminar la copia privada) en el supuesto de licencias *on line* de los contenidos digitales, en caso de entenderse que eso es lo que permite el antes examinado art. 161.5 TR-LGDCU y no, como aquí se propone, que la facultad de prohibir la copia privada en caso de licencias *on line* se restringe a los servicios interactivos en línea, fundamentalmente en *streaming*.

v) Los *límites y excepciones* recogidos en la Directiva 2001/29 tienen carácter exhaustivo, pero son de *transposición opcional* para los Estados miembros[190]. En este sentido, no todos los han incorporado, ni lo han hecho de igual manera, ni para todo tipo de contenidos digitales por igual[191]. Al respecto debe tenerse presente que la licencia por los contenidos digitales puede asentarse en el Derecho de otros Estados miembros o de terceros países; al no ser la copia privada un derecho de los consumidores, sino un límite establecido por las normas de la propiedad intelectual, de cara a la norma aplicable deben tenerse en cuenta, por un lado, los aspectos contractuales (respecto a lo cual el consumidor no podrá alegar que conforme a su ordenamiento tiene un "derecho" de copia del que no puede privársele mediante la aplicación de la norma de otro Estado miembro) y, por otro lado, los aspectos genuinos de la propiedad intelectual[192]. De

---

189 Según el art. 161.4 TR-LGDCU, "lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, *respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada*. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado".

190 Salvo en el caso de los límites recogidos en las Directivas sobre programas de ordenador, bases de datos y obras huérfanas.

191 Como afirma BEUC (*Public Consultation on the review of the EU copyright rules. Response*, cit., p. 41), en algunos países se especifica un número de copias permitidas, en otros la compensación sólo se genera por copia privada de música, y en otros también por trabajos impresos y audiovisuales; por ejemplo, en Italia la excepción se aplica sólo a fonogramas y obras audiovisuales, mientras que en Estonia sólo a estas últimas. Y como refiere LÓPEZ RICHART (*op. cit.*, p. 204, información a 2008), existen países que no reconocen el límite de copia privada (Irlanda y Reino Unido), otros que la admiten pero no imponen un deber de garantizarla frente a MTPs (Grecia, Dinamarca, Alemania, Bélgica y Noruega) y otros, finalmente, que también dotan de cierto contenido a la copia privada incluso respecto a obras protegidas con medidas técnicas (Italia, Portugal, Luxemburgo o Francia).

192 Sobre las reglas de Derecho internacional privado aplicables a estos contratos, con distinción de ambos aspectos, incluido el límite de copia privada, *vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., "Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DRM, las excepciones al derecho de exclusividad y los

nuevo, éste puede ser un factor inesperado para las expectativas de un amplio número de consumidores en relación con la copia privada.

En resumen y conclusión, para contenidos digitales que sí están amparados por el límite de la "copia para uso privado" (no los programas de ordenador ni las bases de datos electrónicas, on line y off line) su amplitud y disfrute pueden verse restringidos –que no eliminados[193]*,* en la interpretación propuesta, salvo para servicios interactivos a la carta–*, con base legal, mediante el empleo de medidas tecnológicas de protección y previsiones contractuales. Por ello, los deberes de información precontractual sobre la funcionalidad del contenido digital y la existencia y alcance de las medidas técnicas consagrado en los arts. 60 y 97 TR-LGDCU tendrán una importancia capital* en la conformación de un válido consentimiento contractual del consumidor, de modo que de no cumplirse o contener una información insuficiente el empresario se expondrá a las sanciones y remedios correspondientes[194], como la posible alegación de falta de conformidad con el contrato[195] o la integración del contrato conforme a la buena fe, entre otros, como ya ocurriera hace una década con las conocidas sentencias francesas y belgas que garantizaron la copia privada por falta de información al consumidor[196]. A la

---

derechos de los usuarios. Aspectos de Derecho aplicable", en MORENO MARTÍNEZ (Dir.), *Los límites*…, cit., pp. 287-338.

193 Además del argumento literal del art. 161.4 que permite fijar el número de reproducciones, pero no eliminarlas por completo, debe tenerse en cuenta la propia naturaleza jurídica del "límite", que conforma y delimita legalmente el derecho de explotación, por lo que poco sentido tendría si fuese eliminable unilateralmente por decisión de una de las partes, máxime cuando el propio legislador ya reconoce al titular de la propiedad intelectual una compensación equitativa (cfr. los cambios operados tras la Ley 20/2011, de 30 de diciembre) también para las obras o prestaciones protegidas por MTP (para compensar precisamente las copias, limitadas, que de ellas pueden hacerse) y lo refleja en el propio art. 31.2 TR-LPI al señalar que dicha compensación "deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161". En refuerzo de esta idea sobre la naturaleza de los límites comprendidos en la Directiva 2001/29, en concreto del relativo a la lícita puesta a disposición de personas concretas del público en terminales especializados de las bibliotecas de obras digitalizadas por éstas, *vid.* la reciente STJUE 11 septiembre 2014, *Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer KG*, asunto C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196.

194 *Vid.* su elenco *infra*, apartado 4.2.3.b).

195 En esta línea, por ejemplo, sobre la base de que la realización de al menos una copia es una "expectativa razonable" del consumidor por permitirlo la ley, CABEDO SERNA, *op. cit.*, pp. 73 y 105; CARBAJO CASCÓN, F., "Reproducción y copia privada en el entorno digital", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2, 2003, p. 47, entre muchos otros. Cfr., en contra, MARÍN LÓPEZ, J. J., *op. cit.*, pp. 72-75, con el argumento de que la MTP no impedirá el uso a que "ordinariamente" se destinan estos productos, esto es, el disfrute directo del contenido digital.

196 En concreto, las conocidas sentencias pueden dividirse en dos grupos en función del *petitum*, siendo, en ambos casos, determinante para reconocer las pretensiones de los consumidores, la carencia de información sobre las MTP: por un lado, las sentencias que condenaron a los productores por usar MTP (y no informar de ello) que impedían la copia privada de algunos CDs y DVDs y, por otro lado, las que condenaron por impedir que el CD pudiese ser escuchado en el aparato reproductor de los coches. En el primer grupo se encuadra el caso *Mullholland Drive*, en el que tras una desestimación por la sentencia del TGI París 30 abril 2004, la *Cour d'appel* de París, en sentencia de 22 abril 2005, consideró infringido el deber de información por no alertar en la carátula de un DVD de contenidos videográficos sobre la existencia de un mecanismo anticopia y condenó al productor al pago de una indemnización y a retirar de sus DVD las MTP que impedían el disfrute del límite de copia privada; esa sentencia, sin embargo, fue

inversa, de cumplirse tales deberes de información sobre MTP, el consumidor no podrá alegar falta de conocimiento y subsiguiente falta de conformidad[197], y, por tanto, no podrá "fundadamente esperar", a la luz de las declaraciones públicas del empresario (art. 116 TR-LGDCU), que el producto digital admitía un número ilimitado de copias privadas.

En el actual proceso de *revisión de las normas europeas sobre propiedad intelectual*, existen varios aspectos de los límites o excepciones, incluida la copia privada, sometidos a debate. En concreto, se erige en pregunta central la decisión acerca de si configurar legalmente los límites a la propiedad intelectual consagrados en la Directiva 2001/29 con carácter imperativo[198]; evidentemente, las respuestas son opuestas desde los representantes de los consumidores[199] y los representantes de la industria[200], abogando estos últimos por mantener el carácter opcional y dispositivo que esas normas tienen en la Directiva. Otra de las preguntas planteadas estriba saber si se debe clarificar el objeto y ámbito de aplicación del límite de copia privada precisamente en el entorno digital[201] (a lo cual la mayoría responde claramente de forma afirmativa para conseguir un marco de seguridad jurídica real), así como determinar si las copias privadas digitales deben generar nuevas remuneraciones o compensaciones; respecto a esta última cuestión la respuesta negativa es más uniforme entre los concernidos[202], pues se rechaza la imposición de dobles o múltiples pagos (por el contenido digital, por el

---

casada por la *Cour de Cassation* en sentencia de 28 febrero 2006, que anuló por entero la anterior, por entender que el levantamiento de las medidas anticopia afectaría a la explotación normal de la obra; la sentencia de la Corte de Apelación de París de 4 abril 2007 acepta los argumentos del alto tribunal y añade que la presencia de estos dispositivos no es un elemento esencial a efectos de información, cosa que, en la actualidad, tras los cambios normativos franceses, no podría sostenerse (como bien recuerda GARROTE, "Comentario al art. 161", p. 2099). En Bélgica, la sentencia del tribunal de apelación de Bruselas de 9 septiembre 2005 llegó a similares conclusiones. Mejor suerte para los consumidores corrieron las sentencias del segundo grupo: varias productoras de CDs musicales fueron condenadas por el uso de MTP que impedían que el soporte se escuchase en los reproductores del coche: STGI Nanterre 24 junio 2003, confirmada por el Tribunal de Apelación de Versailles de 30 septiembre 2004; y STJI Nanterre 2 septiembre 2003, confirmada en apelación por sentencia de 15 abril 2005. Sobre ellas, MARÍN LÓPEZ, "La copia privada…", cit., p. 13 y CABEDO SERNA, *op. cit*., p.p. 100-111.

197 Así también HELBERGER *et al*, "Digital Content Contracts…", cit., p. 51.

198 COMISIÓN EUROPEA, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, cit., pp. 16-19, cuestiones 21 a 27, que interrogan sobre los problemas que haya revelado el carácter opcional de los límites para los Estados Miembros, la conveniencia o no de hacer todos o algunos limites imperativos y con un mayor grado de armonización, la introducción de nuevos límites y excepciones, los problemas generados por el carácter territorial de las limitaciones (de forma que, hasta ahora, un acto cubierto por una excepción en un Estado miembro puede requerir la autorización del titular cuando se traslada a otro Estado miembro), las cuestiones relativas a la compensación equitativa, etc.

199 BEUC, *Public Consultation… Response*, cit., pp. 23-24. En línea similar, ELI, *Response*…, cit., pp. 12 y 15.

200 DIGITAL EUROPE, *Response to the European Commission's Public Consultation*…, cit., p. 10.

201 COMISIÓN EUROPEA, *Public Consultation*…, cit., p. 31, cuestión 64

202 COMISIÓN EUROPEA, *Public Consultation*…, cit., pp. 31-33, con nada menos que siete cuestiones al respecto (cuestiones 65-71). Con respuesta negativa similar, pero argumentaciones distintas, BEUC, *Public Consultation… Response*, cit., pp. 43-47; DIGITAL EUROPE, *Response*…, cit., pp. 12-23.

soporte que permite copiar, por la copia en sí) que, por otra parte, podrían ser perniciosas para los modelos de negocio basados en licencias.

c) La "funcionalidad" más allá de la norma: otras informaciones necesarias sobre el uso

Retornando al enunciado general de los arts. 60.2.i) y 97.1.s) TR-LGDCU, tras la expresa aclaración legal relativa a las MTP, puede comprobarse que ambas normas tan sólo aluden a la información previa sobre "la funcionalidad de los contenidos digitales". No existen más descripciones ni ejemplos en el TR-LGDCU sobre su significado.

Dado que la funcionalidad se refiere a las "posibles maneras de utilizar el contenido digital", cabría dividir el tipo de informaciones comprendidas en esa noción en tres grupos: *a) Sobre los requisitos del uso*: y ahí incluir si se hace un seguimiento del comportamiento del consumidor (el conocido como *tracking*, único ejemplo mencionado en el Considerando 19 de la Directiva 2011/83) como carga o cesión de datos personales que ha de asumir el usuario por el disfrute del contenido (en forma de *cookies*, huellas digitales o *watermarks*, conocimiento de la ubicación geográfica del usuario o cualquier otro tipo de identificadores personales; si se precisa o no conexión a internet para el subsiguiente uso del producto digital o alguna de sus prestaciones; si se requieren ulteriores pagos para poder disfrutar de algunas funcionalidades inicialmente gratuitas o para acceder a otras adicionales (con el problema sobre información de la gratuidad y las *in-app purchases* antes vistas)[203], etc. *b) Sobre los usos permitidos*, resulta esencial la información sobre si el acceso al contenido digital es permanente o temporal, el número de reproducciones permitidas, las copias para uso privado admitidas, etc. *c) Sobre los usos restringidos o prohibidos*, es igualmente precisa la información sobre el veto a cesiones o reventas de los productos, manipulaciones o transformaciones del contenido digital (desde la pura conversión del formato del archivo a la posibilidad de crear nuevos contenidos a partir de los adquiridos), la imposibilidad de imprimirlo, la inhabilitación del uso en otros países o territorios, etc.

Si en el contexto de la Directiva 2011/83 podría no estar claro si los suministradores sólo tienen que *informar sobre las restricciones técnicas* pero no *sobre las restricciones contractuales*[204] (como, por ejemplo, la medida en que restringen los derechos reconocidos por la propiedad intelectual o los límites o excepciones a ésta legalmente consagrados), en el marco del TR-LGDCU ha de defenderse la exigencia legal de información de ambos tipos de restricciones por efecto del art. 60.1 TR-LGDCU (información precontractual sobre las características principales del contrato, "en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas"). Además, en su caso, los intentos de restringir las facultades del consumidor conformes con la ley pueden tener

[203] *Vid.* nota 146.

[204] Como denuncian, pidiendo una mayor clarificación legal al respecto, HELBERGER *ET AL.*, "Digital Content Contracts…", cit., p. 49.

su respuesta en el régimen de las cláusulas abusivas, a través del art. 86 *ab initio* TR-LGDCU (lo serán las cláusulas no negociadas que "limiten o priven al consumidor de los derechos reconocidos por normas *dispositivas* o imperativas").

La Comisión Europea, consciente de la parquedad de la noción de "funcionalidad" en el cambiante contexto tecnológico ha querido en junio de 2014 dar unos parámetros sobre qué obligaciones informativas puede comprender, en forma de "lista no exhaustiva" que los distribuidores de contenidos digitales pueden usar como "lista de comprobación" (*checklist*) al decidir qué información deberían suministrar en función del producto[205]. En concreto, en la medida adecuada al producto, debería ofrecerse la siguiente información[206], en un listado que cabe de calificar de muy completo, adaptado al estado tecnológico y pertinente: 1) el lenguaje del contenido digital y, si es distinto, el lenguaje sobre sus instrucciones; 2) el método por el que se suministra el contenido (por ejemplo, disfrute en tiempo real o *streaming*, en línea, mediante descarga única o mediante acceso a la descarga por un tiempo determinado); 3) la duración de los archivos de video o audio; 4) el tipo de archivo y el tamaño de los archivos descargables; 5) si existe compromiso o no por parte del comerciante o un tercero de mantener o actualizar el producto; 6) cualesquiera condiciones de uso del producto no directamente relacionadas con la interoperabilidad, tales como a) seguimiento y/o personalización, b) necesidad de conexión a internet para usar el producto y sus requerimientos técnicos (como la velocidad mínima de carga y descarga), c) la necesidad de que otros usuarios tengan un programa informático concreto instalado (por ejemplo, para los programas de comunicaciones); 7) cualesquiera limitaciones sobre el uso del producto: a) límites sobre el número de veces o el período de tiempo durante el que el producto digital puede ser visto, leído o usado, b) los límites sobre la reutilización del contenido para fines como las copias privadas, c) las restricciones basadas en la localización del dispositivo del consumidor, d) cualesquiera funcionalidades que estén condicionadas a adquisiciones adicionales, tales como contenidos de pago, cuotas de acceso a clubes o programas o componentes informáticos (*hardware* o *software*) adicionales.

4.2.2. Información sobre su "interoperabilidad".

El segundo requisito específico de información precontractual relativa a los contenidos digitales establecido por los arts. 60.2.j) y 97.1.t) TR-LGDCU es su "interoperabilidad" con otros aparatos y programas. En concreto, según el primero de los artículos citados, "*toda interoperabilidad relevante* del contenido digital *con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca*, como

[205] Son palabras de la *DG Justice Guidance* sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2011/83*: Guía DG-2014*, cit., p. 67.

[206] *Ibidem*, pp. 67-68.

son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos"[207].

Es un rasgo genuino y distintivo de los contenidos digitales su *dependencia de otros aparatos (reproductores, ordenadores, tabletas) y de otros contenidos digitales* (como pueden ser programas de ordenador o aplicaciones), para poder ser disfrutados; no se podrá gozar del contenido de un DVD, de una canción descargada o de una película suministrada en tiempo real sin interactuar con el *software* y el *hardware* del usuario[208]. La nueva obligación de informar con qué aparatos y programas puede ser compatible y operar el contenido digital contratado no supone, por supuesto, establecer una nueva obligación legal para el suministrador de garantizar en sede de protección de los consumidores la interoperabilidad con cualesquiera aparatos y programas y ni tan siquiera con los más conocidos y extendidos, sino sólo precisamente la revelación de las limitaciones a que se pueda exponer el usuario; las posibles restricciones fácticas al uso de ciertos contenidos digitales en algunas plataformas, sistemas operativos u ordenadores[209] o la necesidad de usar programas adicionales exclusivos de un productor serán cuestiones que pueden afrentar al Derecho de la competencia[210], pero cuando han sido debidamente comunicadas al consumidor antes de contratar, de manera clara, comprensible y adecuada, no podrá entenderse vulnerada la nueva obligación legal de información precontractual, ni, en su caso, se podrá alegar falta de conformidad con el contrato. En este sentido, merecen consideración algunas iniciativas preventivas adoptadas en otros países en defensa del consumidor por parte de las administraciones públicas. En concreto, en Francia se creó en 2007 un órgano administrativo

---

[207] Como ya se explicó, la ejemplificación, que procede del considerando 19 de la Directiva, no consta en el art. 97.1.t), pero es igualmente aplicable en el contexto de los contratos a distancia y fuera de establecimiento comercial que regula este precepto.

[208] Lo recuerdan LOOS *et al.*, "The Regulation...", cit., p. 744.

[209] Por ejemplo, en supuestos que se han producido con frecuencia en la práctica, la inoperabilidad de un programa informático en el sistema operativo de Macintosh de Apple o en el de Microsoft; la imposibilidad de escuchar un archivo musical en ciertos reproductores MP3 o de ver ciertos contenidos audiovisuales en algunas tabletas por falta de componentes como el conocido estándar "*flash"* o por restricción a cierto número limitado de formatos; la imposibilidad de lectura de ciertos libros electrónicos en dispositivos distintos debido a un formato excluyente, etc. *Vid.* un ejemplo en la nota siguiente.

[210] *Vid.* ROTT, P., "Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law", *Journal of Consumer Policy*, 4, 2008, p. 443, a quien citan LOOS *et al.*, "The Regulation...", cit., p. 745. *Vid.* también HELBERGER, *Digital Rights Management*…, cit., pp. 64-65. Como muestra, recuérdese el caso de la restricción establecida por Apple a través de su "Fair Play DRM" que sólo permitía la escucha en sus dispositivos (iPod) de las descargas de música desde su iTunes Apple Store y hacía incompatibles los formatos de archivos descargados de otros establecimientos, por lo que empresas como "RealNetworks" o "Virgin" emprendieron acciones contra Apple en Francia basadas en infracciones del derecho de la competencia; sobre ello, en detalle, SOBEL, D., "Bite out of Apple - iTunes, Interoperability, and France's Dadvsi Law", *Berkeley Technology Law Journal*, 2, 2007, pp. 267-291; BARNETT, T. O., "Interoperability between Antitrust and Intellectual Property", *Geo. Mason Law Review*, 14, 2006-2007, pp. 859-870.

independiente (la ARMT)[211] que examina la interoperabilidad de los contenidos digitales suministrados con medidas tecnológicas de protección y vela por preservar tanto las limitaciones a la propiedad intelectual como la interoperabilidad de los contenidos, en lugar de fiar estos cometidos a las sanciones *ex post* y al recurso a la jurisdicción civil.

La nueva regla de información precontractual alude a la obligación de informar sobre la interoperabilidad con aparatos y programas *conocidos* por el empresario *o que quepa esperar razonablemente que conozca*. El considerando 19 de la Directiva 2011/83, en el único término que no ha sido incorporado por el legislador español aclara que se trata de "programas *estándar* con los que el contenido digital es compatible". En definitiva, dada la variedad, volatilidad y renovación propia de la industria digital, el deber de información no puede llegar a concretarse en cualesquiera aparatos y programas existentes en el momento de suministrar el contenido digital –y en todas sus versiones previas, más o menos recientes–, sino que se acota legislativamente en los que el "empresario" conozca o haya razonablemente de conocer. Se apela en cierta manera al concepto de *middleware*, es decir, el *hardware* y el *software* comúnmente utilizados en el momento de suministro del contenido digital[212]. La alusión a los que "razonablemente" deba conocer expande, en cualquier caso, en beneficio del consumidor, el deber de diligencia del obligado a informar, sin fijar *ex ante* una implantación o cuota de mercado mínima de esos dispositivos y programas. Por lo demás, la referencia a los programas "estándar" deja fuera del ámbito informativo la interoperabilidad con programas especialmente personalizados o creados *ad hoc* para el usuario, que el suministrador del contenido digital podrá no conocer en absoluto.

La mención al "*empresario*" que hacen los arts. 60 y 97 TR-LGDCU (definido en el art. 4 TR-LGDCU) crea una ambigüedad suficiente en la norma como para *no circunscribir el deber informativo sólo al "productor"* del contenido digital (art. 5 TR-LGDCU: "fabricante del bien o prestador del servicio", "importador" en la UE, etc.)[213] *ni a su "proveedor"* (art. 7 TR-LGDCU: "el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha

---

211 Se trata de la *Autorité de Régulation des Mesures Techniques*, creada por la Ley nº 2006-961 de 1 de agosto (J.O. 3 agosto 2006, p. 11529), la misma ley en la que se transpuso la Directiva 2001/29 sobre derechos de autor en la sociedad de la información. Sobre el papel de la ARMT en defensa de los derechos de los consumidores relacionados con la interoperabilidad, WINN, J., JONDET, N., "A new deal for end users? Lessons from a French innovation in the regulation of interoperability", *William and Mary Law Review*, 51, 2009, pp. 547-576. Sus funciones van desde mediar entre las partes en busca de conciliación hasta dictar resoluciones imponiendo medidas correctivas, recurribles ante la jurisdicción ordinaria.

212 *Vid.* las interesantes consideraciones al respecto de YANGUAS GÓMEZ, "El principio de conformidad...", cit., p. 497.

213 El cual, pese a la falta de mención legal expresa, debe considerarse también en todo caso "empresario" en el sentido de la ley: al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al art. 5 TR-LGDCU", en ID. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 172-173.

distribución"), *ni al prestador del servicio* (no definido en el TR-LGDCU) relativo a contenidos digitales; *a todos ellos alcanzará, en la medida de su responsabilidad y en función de las consecuencias legales que haya de producir la omisión de la información*[214]*, el deber de información precontractual sobre interoperabilidad*. En este sentido, el suministrador del contenido digital que no sea su productor[215], no podrá ampararse en su desconocimiento del medio digital para exonerarse de las consecuencias de la información relativa a interoperabilidad (y funcionalidad, cabe añadir aquí) y sin perjuicio de los cauces de repetición que pueda tener contra quien estaba en condiciones de suministrar esa información (el productor de los contenidos digitales). Muy elocuente en este sentido resulta la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 6 octubre 2011, que consideró que un vendedor de ordenadores incurrió en práctica comercial desleal al no informar al usuario acerca del sistema operativo pre-instalado en el equipo vendido y las condiciones y limitaciones de uso de ese sistema operativo; el tribunal descartó la alegación del empresario (sí admitida en apelación) de no ser un experto en el producto que vendía ni en programas informáticos[216].

¿Cuáles son los concretos extremos sobre interoperabilidad de los que debe informarse al consumidor? El art. 60.2.j) TR-LGDCU, siguiendo los considerandos de la Directiva, los concreta en el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos. La tríada aún puede completarse, como hace la DG Guía-2014 de la Comisión Europea, con la información sobre cualesquiera programas informáticos adicionales, incluyendo su número de versión y, en relación con los dispositivos, lo relativo a la velocidad del procesador y las características de la tarjeta gráfica necesaria[217]. Evidentemente, la lista no es exhaustiva y aún podría mencionarse el espacio de almacenamiento requerido u otros elementos como algún *plug-in*, *codecs*, mandos (*joystics*), aparatos decodificadores adicionales, etc.

4.2.3. ¿Por qué, para qué y cómo suministrar esa nueva información? Sanciones y valoración del modelo voluntario propuesto por la Comisión Europea en junio de 2014

a) Fundamento y finalidad

Las razones y fines de estas nuevas obligaciones de información precontractual son comunes al resto de requisitos informativos: todas convergen en permitir que el

---

214 V. gr., serán distintos los responsables por daños en otros equipos y aparatos del consumidor debido falta de información (responsabilidad del productor), falta de conformidad con el contrato (de la que, en principio responde el vendedor), anulación del contrato por vicio del consentimiento, que afectará a la contraparte contractual del consumidor, etc.

215 V. gr., portal autorizado de descarga de canciones cuya producción y explotación corresponde a una compañía discográfica; o establecimiento de venta a distancia de DVDs.

216 Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa (civ., sala 1ª) de 6 octubre 2011, disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/).

217 *DG Justice Guidance*, cit., p. 68.

consumidor emita un *consentimiento verdaderamente informado* sobre el contenido y objeto del contrato. El nuevo riesgo estriba no tanto y sólo en la falta de información, sino en que su exceso la convierta en estéril, máxime en el contexto de las ventas a distancia de contenidos digitales, en que un aluvión de datos a través de diversas páginas web, indebidamente organizadas o destacadas o de confuso acceso puede hacer inútil el designio legislativo de información. El fenómeno de la "infoxicación" es de sobra conocido, con su efecto comprobado: el consumidor tiende a no leer la información suministrada cuando ésta resulta excesiva[218]. De hecho, un estudio empírico de 2011 desglosa minuciosamente el tipo de problemas relacionados con la *falta de información* (que acapara un 24% del total de problemas sufridos por los consumidores al adquirir contenidos digitales) o con el suministro de una *información confusa o compleja* (el 18% de los problemas detectados), proporciones que, juntas, superan en mucho las relativas a la calidad baja de los contenidos, las cláusulas abusivas, la seguridad o la privacidad[219]. En el caso de los contenidos digitales, el consentimiento informado podría tener como finalidad no sólo *conocer* el concreto producto o servicio digital (con su funcionalidad e interoperabilidad) que se pretende adquirir, sino también *poder compararlo* a través de esos parámetros con otros contenidos digitales similares, del mismo suministrador o de sus competidores[220].

b) Consecuencias legales de la falta de suministro de la información

Antes de abordar los problemas acerca de cómo ha de suministrarse la información o de cómo evitar los inconvenientes del exceso informativo es preciso recordar las *consecuencias legales derivadas de una falta de información.* La nueva regulación introducida por la Ley 3/2014 sigue sin subsanar una notoria carencia legislativa, tantas veces denunciada: el TR-LGDCU sigue sin explicitar ni sistematizar los remedios y sanciones (civiles) derivadas del incumplimiento de los deberes de información precontractual consagrados en sus arts. 60 y 97. El elenco de *consecuencias legales* puede ser muy diverso y, obviamente, dependerá del tipo de infracción y su gravedad; aplicado a la concreta información precontractual debida antes de la contratación de contenidos digitales cabe pensar en:

(1) La *integración contractual* de acuerdo con la buena fe objetiva *ex* art. 65 TR-LGDCU (para supuestos de "omisión de información precontractual relevante").

(2) Las consecuencias propias de la calificación como *práctica desleal por engañosa* en caso de omitir información relevante sobre las características del bien o

[218] Al respecto, por todos, AYRES, I., SCHWARTZ, A., "The No-Reading Problem in Consumer Contract Law", *Stanford Law Review*, 66-3, 2014, pp. 545-610.

[219] EUROPE ECONOMICS, *Digital content services for consumers: Assessment of problems… (Appendix 9)*, cit. [2011], pp. 44-47.

[220] La posibilidad de comparar como meta de la información sobre funcionalidad e interoperabilidad se destaca especialmente como objetivo del modelo voluntario de suministro digital de información propuesto en la *DG Guía-2014*, cit., p. 69.

servicio y su precio *ex* arts. 20 TR-LGDCU y 7 y 32 de la Ley de Competencia Desleal (v. gr., en la citada sentencia de la Corte de Casación francesa de 6 de octubre de 2011, no informar sobre el sistema operativo del ordenador)[221].

(3) Las sanciones civiles específicamente adoptadas para el incumplimiento de algunos deberes informativos, como es la *exoneración de pago del consumidor* cuando, en el contexto de los contratos a distancia o fuera de establecimiento, el empresario no le informó de los gastos adicionales u otros costes (art. 97.1.e TR-LGDCU) o no le informó de los costes de devolución de los contenidos digitales suministrados con soporte material (bienes) en caso de desistimiento (art. 97.1.j TR-LGDCU), *ex* art. 97.6 TR-LGDCU; así como en caso de incumplimiento por el empresario de sus deberes de información, recepción de consentimiento y confirmación en los supuestos de renuncia al desistimiento respecto a los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material (*ex* art. 108.4.b TR-LGDCU, esa infracción liberará al consumidor de cualquier coste si desiste).

(4) Al amparo de posible calificación de los contenidos digitales como "productos"[222], algunas omisiones informativas podrán dar pie a la aplicación del régimen de *falta de conformidad* con el contrato (art. 114 y ss. TR-LGDCU) o de *responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos* (art. 128 y ss. TR-LGDCU).

(5) En el ámbito de los instrumentos disponibles en el *Derecho civil común de obligaciones y contratos*, y con aplicación de los requisitos allí establecidos, el consumidor podría solicitar la anulación del contrato por *vicios de la voluntad* (art. 1300 y ss. del Código civil) o la indemnización de los daños y perjuicios que el contenido digital hubiese ocasionado al consumidor (arts. 1101 y 1258 del Código civil).

(6) Naturalmente, las *sanciones administrativas* derivadas de este incumplimiento, tanto por falta de suministro de la información en los contratos de consumo sobre contenidos digitales celebrados a distancia o fuera de establecimiento (art. 49.2 TR-LGDCU), como, en su caso, en el resto de contratos de consumo (art. 49.1.l y n TR-LGDCU).

En este ámbito, obvia decir que una *labor preventiva de vigilancia y control por las administraciones públicas y las entidades legitimadas* para la defensa colectiva de los consumidores puede resultar mucho más eficaz que el ejercicio individual de concretas

---

221 *Vid. supra*, apartado anterior. Esta sentencia consideró que esa información suministrada por el vendedor era esencial y por tanto su omisión debía acarrear las consecuencias propias de las prácticas comerciales desleales.

222 *Vid. supra*, apartados 2.2 y 3.

pretensiones civiles por parte de los consumidores. Así, algunas acciones conjuntas de las autoridades europeas y nacionales han demostrados su eficacia en el ámbito de los contratos sobre contenidos digitales, como el ya citado "Barrido" de 2012 de la Comisión Europea de más de trescientos sitios web de contenidos digitales[223] o la campaña sobre las adquisiciones dentro de las aplicaciones (*in-app purchases*) de 2013[224], que en 2014 ha dado lugar a compromisos y cambios por algunos de las principales operadores en el sector en todo lo relativo a información al consumidor y formas de recabar su consentimiento.

c) Formas (eficaces e ineficaces) de suministrar la información

El nuevo régimen informativo sobre funcionalidad e interoperabilidad (y, según cabe defender *ut supra*, sobre el resto de informaciones acerca de las características de los contenidos, precio, etc.) no contempla, sin embargo, especificaciones sobre *cómo* suministrar esa información *ad hoc* para los contenidos digitales. Habrán de seguirse, por tanto, los *requisitos de transparencia, proporcionalidad, veracidad y gratuidad* establecidos en general para los deberes de información precontractual en el art. 60 TR-LGDCU[225]. Ahora bien, por efecto de la Directiva 2011/83 *es obligatorio distinguir entre la forma de suministrar la información en los contratos a distancia y fuera de establecimiento comercial (art. 97 TR-LGDCU) y en el resto de contratos de consumo (art. 60 TR-LGDCU).* El único rasgo en común para todo tipo de contratos es que la información se facilite "*de forma clara y comprensible*"[226]. Mientras para el resto de cauces contractuales la Directiva deja libertad a los Estados Miembros para adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual (art. 5.4 de la Directiva, que apuntaría hacia la flexibilidad en el campo del art. 60 TR-LGDCU), en relación con los contratos a distancia o fuera de establecimiento mercantil la Directiva sigue el canon

---

223 EUROPEAN COMMISSION, *2012 Sweep on Digital Content*, cit. *Vid. supra*, nota 158. Según informa la Comisión Europea, se comprobaron 333 sitios web de distribución de juegos, libros, vídeos y música por Internet; tras detectarse infracciones de las normas de protección de los consumidores en el 75% de esas páginas web, según los resultados publicados en diciembre de 2012, para octubre de 2013 el 80% de esos sitios web infractores ya suministraban satisfactoriamente la información debida a los consumidores. Los resultados publicados en 2012 arrojaban tres infracciones principales: cláusulas abusivas, derecho de desistimiento y ausencia de información. En el caso del derecho de desistimiento (con un 42% de webs calificadas como problemáticas), una de las principales cuestiones era la falta de información al consumidor sobre su existencia o condiciones; en cuanto a la información ausente (en el 36% de las webs controladas), faltaban sobre todo los datos de identidad, dirección geográfica y correo electrónico del empresario.

224 *Common Positions*…, cit. *Vid. supra*, las conclusiones y resultados en la nota 146.

225 Esos requisitos o principios se derivan de las expresiones contenidas en el art. 60.1, cuyo tenor apenas ha cambiado tras la Ley 3/2014: el empresario deberá facilitarle "de forma *clara* y *comprensible*, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la *información relevante, veraz y suficiente* sobre las características principales del contrato (...)" y, según el art. 60.4 TR-LGDCU, "de forma *gratuita* y al menos en castellano". Para un desarrollo de los citados principios informativos, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al art. 60 TR-LGDCU", en ID., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 491-494.

226 *Ex* arts. 5.1 y 6.1 de la Directiva 2011/83, equivalentes a los arts. 60.1 y 97.1 TR-LGDCU.

de la armonización máxima y prohíbe taxativamente a los Estados miembros imponer requisitos *formales* de información precontractual distintos de los de la Directiva[227]. Fiel a ese mandato, el art. 97.1 TR-LGDCU tan sólo alude a facilitar "de forma clara y comprensible" información sobre diversos aspectos, incluidos funcionalidad e interoperabilidad; y salvaguarda el art. 97.7 TR-LGDCU, también de acuerdo con la Directiva, tanto los requisitos de información de las Leyes 17/2009 (servicios) y 34/2002 (comercio electrónico), como las disposiciones generales o sectoriales sobre prestación de servicios sobre "el contenido *o el modo en que se debe proporcionar la información"*, aunque si esas disposiciones entraran en conflicto con el TR-LGDCU, prevalecerá ésta. Ciertamente, la armonización máxima de la Directiva en este punto vedará previsiones nacionales relativas al tamaño de la letra[228] de la información en ese tipo de contratos u otros requerimientos formales[229]. Los otros únicos requisitos formales adicionales para los contratos a distancia están contenidos, por una parte, en el art. 98.1 TR-LGDCU: requisitos de idioma[230], puesta a disposición de la información precontractual "de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas", respeto al principio de buena fe en las transacciones comerciales y a los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar y, en caso de facilitarse la información en soporte duradero, que sea legible; y, por otra parte, en el art. 98.4, que establece la obligación de presentar una información seleccionada que indica si la técnica de comunicación a distancia empleada tiene un espacio o tiempo limitados y el resto de elementos informativos del art. 97.1 se facilitará "de una manera apropiada".

En cualquier caso, para que sea adecuada y eficaz la información (en contratos a distancia, fuera de establecimiento y en otros contratos) y para evitar el ya aludido riesgo de "infoxicación" o falta de comprensión o incluso falta de lectura por una sobreabundancia informativa, cabe proponer algunos *rasgos sobre la presentación formal de dicha información* que perfectamente podrían subsumirse en el requisito legal uniforme de suministrarla "de forma clara y comprensible"[231]: *la información sobre contenidos digitales debería ser organizada, destacada* (en lo procedente), *accesible,*

---

[227] Según los arts. 7.5 y 8.10 de la Directiva 2011/83, "los Estados miembros no impondrán ningún otro requisito formal de información precontractual para el cumplimiento de los requisitos de información contemplados en la presente Directiva".

[228] Aunque la banal reforma del art. 80.1.b TR-LGDCU precisamente por la Ley 3/2014 se refiere a requisitos de legibilidad "*del contrato"* y no propiamente de la información precontractual (el tamaño de la letra del contrato no debe ser "inferior al milímetro y medio" ni ser de difícil lectura por "insuficiente contrato con el fondo"), no cabría pretender la aplicación tal cual de esos requisitos formales a la información precontractual sobre las condiciones generales (v. gr., disponible en internet) de los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil.

[229] Así LOOS *et al.*, "The Regulation...", cit., p. 735; también, criticando esa decisión, HELBERGER *et al.*, "Digital content contracts...", cit., p. 50.

[230] "En la lengua utilizada en la propuesta de la contratación o bien en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano" (art. 98.1 TR-LGDCU).

[231] Y en algunos de los específicos, como suministrarla de forma acorde con la técnica de comunicación a distancia (art. 98.1) o en formato de lista seleccionada si el espacio es limitado (art. 98.4).

tempestiva y comparable. Algunas voces comenzaron tras la Directiva 2011/83 a denunciar que ésta no contuviese mandatos más claros sobre la presentación formal de la información de los contenidos digitales *on line* y propusieron algunas pautas para conseguirlo[232] que parecen haber tenido algún eco en las últimas decisiones de la Comisión Europea (*vid.* el apartado siguiente).

En cuanto a la *organización de la información*, es claro que el suministrador de contenidos digitales puede facilitar con la estructura de los elementos de su sitio web la comprensión directa y rápida de las características esenciales del producto o dificultar al consumidor hallar determinadas informaciones que pueden hacer menos atractivo su producto cuando se compara con el de otros competidores (v. gr., por uso de MTP y restricciones al tipo o número de dispositivos en que puede usarse el contenido digital). En la misma línea, cierta información debe ser *destacada*: dado el carácter crucial para el consumidor de contenidos digitales de los aspectos de funcionalidad e interoperabilidad, no pasará el requisito de transparencia informativa enterrar[233] los usos permitidos y prohibidos (copias, número de reproducciones, alcance de las MTP, etc.) o la interacción con otros programas o dispositivos en largos párrafos contenidos en extensas cláusulas contenidas en las licencias de uso o condiciones generales que, por lo demás, podrán no estar accesibles en la página web en la que se consultan las características del producto digital, sino que requerirán, en el mejor de los casos, seguir una serie de enlaces o actos. Sin duda, los avances infográficos e informáticos permiten poder destacar contenidos en corto espacio (mediante enlaces, FAQs, iconos, etc.). Igualmente, el estado tecnológico permite alcanzar altas cotas de personalización de la información en función del grupo de destinatario o incluso del concreto destinatario (*framing*), lo cual, si se hace de acuerdo con el principio de buena en las transacciones comerciales a que alude el art. 98.1, puede contribuir enormemente a la eficacia y comprensibilidad de la información. El carácter *accesible* de la información no apela sólo a que ésta pueda obtenerse incluso en el sitio web del oferente (en este sentido,

---

232 En concreto, especialmente, con sugerencia de mayor estandarización, incluidos iconos uniformes, *vid.*, en nombre de BEUC, PACHL, U., "Impact of the new consumer information obligations for online digital products – Consumer's perspective", en *Workshop on the consumer rights' directive – Guidance and consumer information on online digital products*, Brussels, 11 diciembre 2003 (disponible en http://www.beuc.eu/publications/x2013_090_upa_workshop_on_consumer_rights_directive_upa.pdf, fecha de consulta, 22 junio 2014), basado en el previo y completo informe de HELBERGER, N., *Form matter: Informing consumers effectively*, estudio encargado por BEUC, Amsterdam, septiembre 2013 (disponible en http://www.beuc.eu/publications/x2013_089_upa_form_matters_september_2013.pdf, fecha de consulta, 22 junio 2014), pp. 1-51. Una síntesis de estas recomendaciones y propuestas y de algunos de los rasgos de presentación que se sugieren en el texto, puede verse en HELBERGER *et al.*, "Digital Content Contracts...", cit., pp. 49-50.

233 No parece preciso recordar aquí los nuevos requisitos de transparencia establecidos por la STS 9 mayo 2013 (cláusulas suelo) en relación con las cláusulas abusivas y sus afirmaciones relativas a la infracción de esa exigencia cuando determinadas cláusulas sobre el objeto principal del contrato se "entierran" o "enmascaran" en un conjunto extenso de otras cláusulas.

disponibilidad no coincide con accesibilidad)[234], sino a que sea sencillo decidir dónde se halla ubicada esa información y no requiera un número disuasorio de pasos encontrarla. Una información será *tempestiva* cuando se procure en el momento correcto dentro del proceso de contratación pero también cuando pueda volver a recuperarse cuando el consumidor haya de tomar su decisión acerca de si concluir el contrato o no; determinadas informaciones serán menos relevantes que otras según la fase[235]. Finalmente, para garantizar el consentimiento informado del consumidor, parece exigible que la información sea *comparable*, lo cual sólo parece fácil de conseguir con un cierto grado de estandarización tanto del contenido informativo como de la forma en que se presenta[236]; si las comunicaciones debidas sobre funcionalidad e interoperabilidad que la ley exige, incluyendo ejemplos sobre su significado, suponen un primer paso para ese objetivo, una mayor armonización sobre la forma de transmitir esas informaciones permitiría una mayor comparación y competencia beneficiosa para el mercado único europeo.

Ciertamente, las nuevas tecnologías permiten fórmulas atractivas, directas y eficaces para conseguir esos objetivos[237], a través de iconos, colores, animaciones, sonidos, vídeos (v. gr., sobre las características y usos del producto o muestras de parte del contenido para que el consumidor pueda verificar sus rasgos y calidad). La Comisión Europea ha tomado nota de esas posibilidades y de las ventajas de una mayor estandarización sobre la forma de presentar de estas informaciones y ha promovido una sencilla a la par que ambiciosa propuesta.

d) El modelo voluntario de iconos propuesto por la Comisión Europea

En su Guía de junio de 2014 sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2011/83, la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea propone como Anexo I un "Modelo para el suministro de la información al consumidor sobre los productos digitales en línea". El documento subraya que es una herramienta voluntaria para hacer más fácil a los empresarios cumplir con los requisitos de información precontractual de la Directiva y, a la vez, pretende fomentar que dicha información sea "transparente y comparable", a través de cierta uniformidad[238]. Según la Comisión europea el modelo es voluntario y no restringe el derecho del empresario a facilitar la información de otras maneras; subraya asimismo que para cumplir con el requisito de ser "adecuada al soporte utilizado" (art. 6.l.a Directiva = art. 97.1.a TR-LGDCU) la descripción de las

234 HELBERGER, *Forms matter*..., cit., p. 27

235 Censuran HELBERGER *et al.*, "Digital Content Contracts...", cit., p. 50, que la Directiva haya optado por exigir que toda la información se facilite antes o al tiempo de contratar, pues además de prematuro e ineficaz, consideran, tiene el riesgo de que cuando el consumidor realmente necesite la información no esté disponible para él y el empresario no tenga obligación de procurársela de nuevo.

236 HELBERGER *et al.*, "Digital Content Contracts...", cit., p. 50; PACHL, "Impact...", cit., *in fine*.

237 Como ya lo destacara en 2010 JACQUEMIN ("Digital Content...", cit., p. 54) , sugiriendo ejemplos del potencial de las tecnologías de la información para destacar elementos.

238 *DG Justice Guidance*, cit., pp. 1 y 69.

características esenciales del producto digital debería incluir también la información sobre funcionalidad e interoperatibidad, necesaria para que los consumidores se hagan cargo de si el producto se ajusta a sus expectativas[239]. Para ello propone que los empresarios deberían ser animados a usar las categorías informativas con una serie de iconos estandarizados que se proponen en este documento, a modo de cuadro o tabla y con un orden predeterminado, permitiéndose, por supuesto adaptar otros elementos gráficos (tamaño, tipo de letra, colores), a los rasgos de identidad y entorno de cada compañía[240]. En este sentido, puede verse en los iconos propuestos por la Comisión europea y en los ejemplos que suministra un designio por destacar los rasgos esenciales de los contenidos digitales, en los que se ponen al mismo nivel las categorías legales de las "características principales" de los bienes y servicios y los aspectos de funcionalidad e interoperabilidad[241], adoptando un concepto muy amplio de funcionalidad.

Por esta vía, por tanto, la Comisión Europea, parece haber tomado en serio los rasgos antes analizados sobre la información (organizada, destacada/seleccionada y comparable) y, por medio de un par de infografías adicionales relativas a la forma de suministrar de forma clara y destacada (*"prominently*"), tanto en el entorno propio de una pantalla de ordenador como en una pantalla de teléfono móvil, parece tratar de potenciar que esa información sea accesible y tempestiva[242]. Los iconos estandarizados que la Comisión propone con la información más relevante son los siguientes[243]:

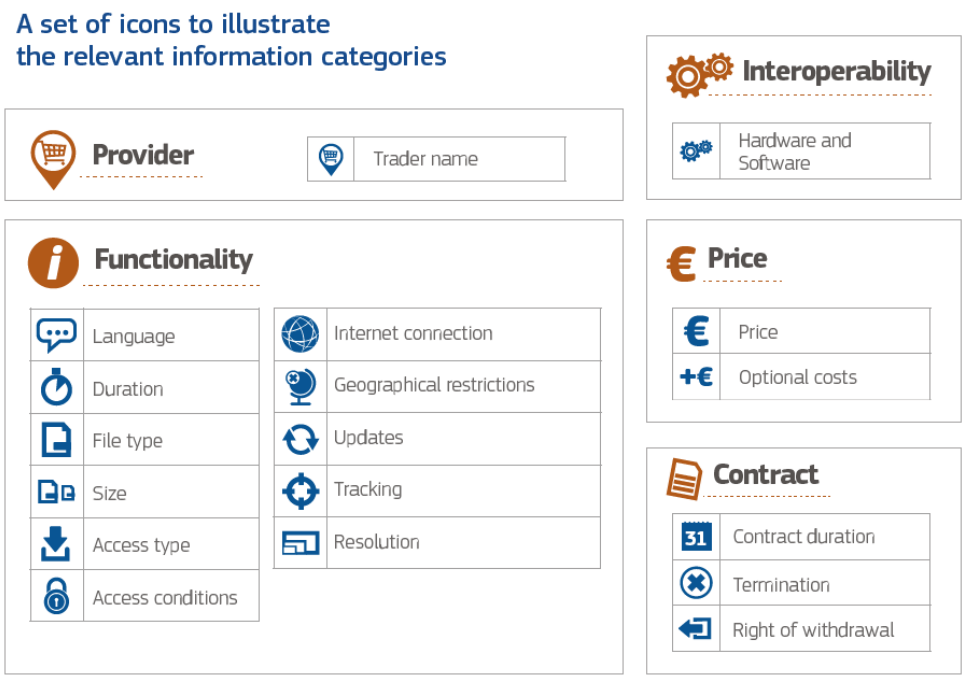
239 *DG Justice Guidance*, cit., pp. 69.

240 *Ibidem*.

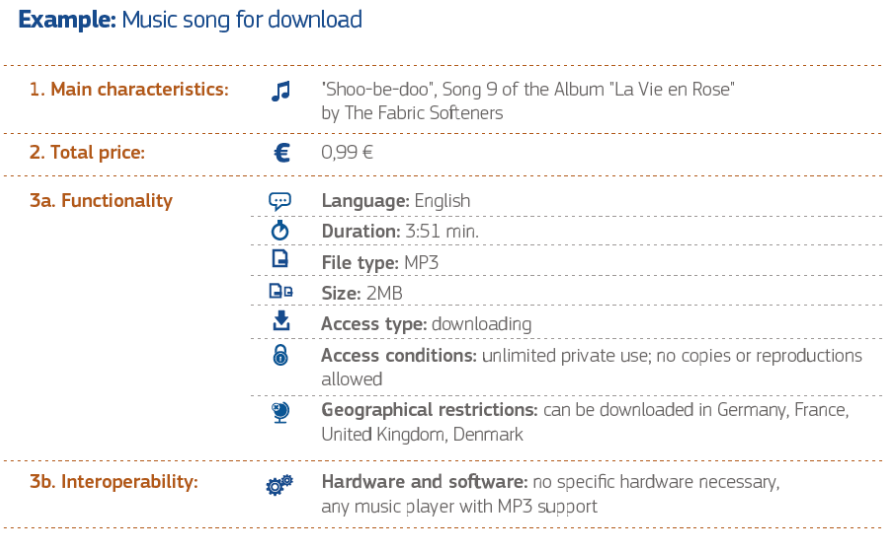
241 Lo cual no viene sino a reforzar la conclusión ya expuesta de que también para todos los contenidos digitales existe obligación de informar no sólo de la funcionalidad y la interoperabilidad, sino también del resto de requisitos contenidos en los arts. 60.2 y 97.1, como se defendió *supra* (apartados 2.2, 3 y, sobre todo, 4.2 *ab initio*).

242 Esas otras dos infografías –*ibidem*, pp. 70-71, que, por espacio, no se reproducen aquí–, destacan la forma y los pasos o momentos en que en la información debería suministrarse en la misma página en que el consumidor está haciendo su pedido o, en el entorno del teléfono móvil, en una página adicional con un botón que permita la conclusión del contrato tras destacarse un resumen de la información más relevante con los pertientes enlaces.

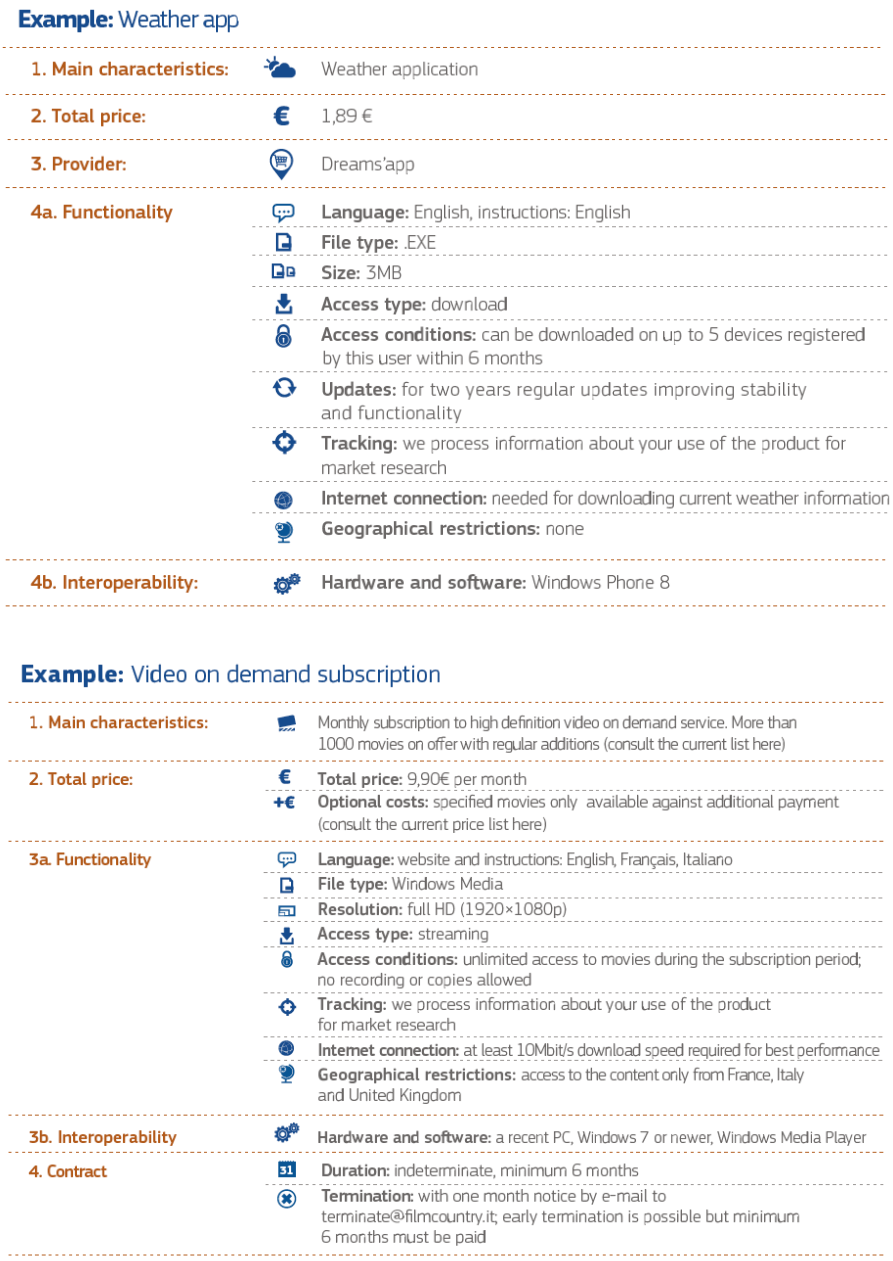
243 *Ibidem*, p. 70



Además, el *DG Justice Guidance Document* traslada esos iconos a tres ejemplos que vuelven a confirmar la amplitud de los contenidos digitales comprendidos en la Directiva y las variadas formas de suministrarlos, igualmente sometidas al nuevo régimen legal. Se trata de acomodar visualmente esos formatos informativos a los contratos sobre una canción descargable desde internet, una aplicación sobre el clima para teléfono móvil y una suscripción de video a la carta. Estos son los ejemplos[244]:



244 *Ibidem*, pp. 71-72.



Example: Weather app

1. Main characteristics:	Weather application
2. Total price:	1,89 €
3. Provider:	Dreams'app
4a. Functionality	**Language:** English, instructions: English
	File type: .EXE
	Size: 3MB
	Access type: download
	Access conditions: can be downloaded on up to 5 devices registered by this user within 6 months
	Updates: for two years regular updates improving stability and functionality
	Tracking: we process information about your use of the product for market research
	Internet connection: needed for downloading current weather information
	Geographical restrictions: none
4b. Interoperability:	**Hardware and software:** Windows Phone 8

Example: Video on demand subscription

1. Main characteristics:	Monthly subscription to high definition video on demand service. More than 1000 movies on offer with regular additions (consult the current list here)
2. Total price:	**Total price:** 9,90€ per month
	Optional costs: specified movies only available against additional payment (consult the current price list here)
3a. Functionality	**Language:** website and instructions: English, Français, Italiano
	File type: Windows Media
	Resolution: full HD (1920×1080p)
	Access type: streaming
	Access conditions: unlimited access to movies during the subscription period; no recording or copies allowed
	Tracking: we process information about your use of the product for market research
	Internet connection: at least 10Mbit/s download speed required for best performance
	Geographical restrictions: access to the content only from France, Italy and United Kingdom
3b. Interoperability	**Hardware and software:** a recent PC, Windows 7 or newer, Windows Media Player
4. Contract	**Duration:** indeterminate, minimum 6 months
	Termination: with one month notice by e-mail to terminate@filmcountry.it; early termination is possible but minimum 6 months must be paid

Como primera valoración, sin duda, la adopción por la industria de contenidos digitales de un compromiso (¿por vía de código de conducta?) de emplear este tipo de iconos y de ofrecer este tipo de información relevante potenciaría en beneficio del consumidor y de la competencia la transparencia en el sector y permitiría acendrar el consentimiento informado, también para estimular la comparación de productos dentro de un mercado único. Más dudas despiertan las posibles medidas (de estímulo, que no coercitivas, dado su naturaleza opcional) que las autoridades europeas y nacionales podrían adoptar para

conseguir la implantación de esa buena práctica, a partir de un documento con el rango normativo menor del presente, así como las consecuencias legales del uso de este modelo (¿dejaría indemne al empresario ante reclamaciones por falta de transparencia?). La propuesta en sí, en cualquier caso, ya denota la consciencia de las instancias europeas acerca de la necesidad de precisar más los rasgos de la presentación de la información a los consumidores en el entorno digital, de manera que quizás esta cuestión acabe contemplándose en futuras iniciativas legislativas.

4.3. El derecho de desistimiento del contrato sobre contenidos digitales

4.3.1. Sentido de su introducción ex lege y valoración

El reconocimiento del derecho a desistir de los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil (no, por tanto, en otro tipo de contratos) sobre contenidos digitales fue una *opción de política legislativa crucial* a la hora de diseñar el régimen de protección de los consumidores en la Directiva 2011/83. Tras despejar las muchas dudas acerca de si garantizarlo o no (dejando en manos de los suministradores, por tanto, una alternativa protección del contenido a ultranza mediante MTP)[245], hubo de perfilarse un régimen *ad hoc* de algunas reglas del desistimiento para este tipo de contratos, con distinciones en función de si los contenidos digitales se procuran con o sin soporte material y diversas ponderaciones sobre su asimilación (o no) al desistimiento propio de los contratos de servicios[246]. La preocupación del legislador europeo por constatar lo acertado del planteamiento finalmente adoptado se trasluce en el propio art. 30 de la Directiva 2011/83 en el que se obliga a la Comisión Europea a presentar un *informe* al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 13 de diciembre de 2016, sobre la aplicación de la Directiva y expresamente se puntualiza: "dicho informe incluirá, en particular, una evaluación de las disposiciones de la presente Directiva por lo que se refiere al *contenido digital, incluido el derecho de desistimiento*", con propuestas legislativas para adaptarlo a la evolución de los derechos de los consumidores. El régimen de los contenidos digitales y, muy en especial, del desistimiento en los contratos relativos a ellos, constituye, por tanto, una novedad digna del máximo seguimiento, bien para ampliarla, bien para restringirla. Por su parte, la Ley 3/2014 transpuso tal cual las reglas de la norma europea al ordenamiento español.

---

245 Al respecto, SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, pp. 2 y 12.

246 *V. gr.*, el régimen de los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material se equipara al de servicios en cuanto al *dies a quo* del desistimiento (momento de celebración del contrato), pero se distancia en punto a las excepciones o a los costes de desistir si la prestación ha comenzado. Las distintas posibilidades de copiado de los contenidos (descargados) frente a ciertos servicios o la difícil pero posible "restitución" de aquéllos (en forma de inutilización o desinstalación), inidónea normalmente para los servicios ya prestados, han obligado al legislador europeo a adoptar reglas distintivas cuya eficacia el tiempo y la evolución técnica determinarán.

Es de sobra conocido que el *fundamento* del derecho a desistir es distinto en los contratos a distancia y en los celebrados fuera de establecimiento mercantil[247]; también son conocidas las discrepancias doctrinales sobre esa fundamentación[248] y sobre las ventajas que el mecanismo aporta frente a otros instrumentos de protección del consumidor[249]. Centrada la cuestión del respaldo jurídico del desistimiento en los contratos celebrados a distancia y, muy especialmente, en los concluidos en Internet –como paradigma del suministro de contenidos digitales en línea, sin soporte material–, el considerando 37 de la Directiva 2011/83 lo cifra en que "el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato" y, por ende, "debe estar autorizado a *probar e inspeccionar* los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen *funcionamiento* de los bienes"; ahora bien, como reconoce el considerando 47, "algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario" para esos fines; por ello, continúa afirmando, el consumidor "*sólo debe realizar las mismas manipulaciones e inspecciones de los bienes que las que se admitirían en un establecimiento mercantil*"[250]. Y aquí es donde radica la cuestión capital: dado que el desistimiento pretende dejar al consumidor en la misma situación que si hubiese adquirido el producto en un establecimiento comercial físico y tradicional, ¿está el consumidor autorizado a probar las características y funcionamiento del contenido digital en un establecimiento presencial? Desde el plano de la legalidad, la respuesta parece negativa. Cuestión distinta es que la política comercial de algunos establecimientos comerciales incluya la posibilidad de escuchar el contenido de un CD de música, ver una muestra de la película que se vende en DVD o probar un videojuego a través de los dispositivos accesibles en ese establecimiento. De igual forma, cabría argüir, para seguir con el paralelismo, que la evolución tecnológica (incluido el desarrollo de las medidas tecnológicas de protección) permite al potencial consumidor disfrutar de una muestra o *sample* (o acceder durante un tiempo de prueba) de una

247 Como ya hicieran las propias Directivas refundidas y derogadas (considerando 14 de la Directiva 97/7 y considerando 4 de la Directiva 85/577), la propia Directiva 2011/83 lo recuerda en su considerando 37: en las ventas a distancia el fundamento estriba en no poder ver los bienes antes de celebrar el contrato, en las ventas fuera de establecimiento mercantil en que "puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica".

248 Para cada supuesto se han esgrimido uno o varios fundamentos distintos: la defensa ante técnicas agresivas, la protección de la formación y emisión del consentimiento, el remedio entre la falta de correspondencia de lo solicitado y lo recibido, la reconsideración de las obligaciones asumidas, etc.; por todos, un repaso con abundantes referencias doctrinales en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentarios al art. 68 TR-LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección…*, cit., p. 618.

249 Como, por ejemplo, incrementar los deberes de información precontractual, invocar las reglas de las prácticas comerciales desleales o los vicios del consentimiento, aunque, como recuerdan LOOS *et al.* ("The Regulation...", cit., p. 738) el derecho a desistir ofrece un mecanismo rápido y directo de conseguir la ineficacia del contrato.

250 De forma gráfica, este considerando señala que "por ejemplo, el consumidor podría probarse una prenda, pero no estaría autorizado a llevarla puesta".

canción, disfrutar de una parte de una película (en forma de *trailer* o con acceso directo a unos minutos), probar un videojuego en línea o emplear por tiempo determinado un programa informático o aplicación, para comprobar su funcionalidad e interoperabilidad. Todos esos usos limitados, encuadrables en las prácticas comerciales de promoción, no parecen exigibles al empresario, pues aunque sin duda probar los contenidos digitales incrementaría las garantías de un consentimiento verdaderamente informado[251], las características de estos bienes (fácil vulneración de la propiedad intelectual, volatilidad por satisfacción de la necesidad del usuario y rápida obsolescencia, etc.) justifican el actual estadio legal. En esta línea, la Comisión Europea en su Guía de 2014 sobre la Directiva afirma sin ambages que "*el consumidor no tiene derecho a 'probar' ['test'] el contenido digital durante el plazo del derecho de desistimiento*"; y, en este sentido, subraya, se diferencia del régimen del desistimiento de los servicios[252] y se sigue una lógica y objetivo similar a la excepción a desistir respecto a los soportes desprecintados de contenidos digitales (CDs, DVDs, etc.)[253].

Por lo tanto, para evaluar la decisión legislativa sobre el limitado derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales, quizás sea oportuna una *comparación en tres planos distintos*: a) entre los *contenidos digitales con y sin soporte vendidos a distancia*, donde existe un régimen similar y paralelo: el desistimiento no puede operar si el soporte ha sido desprecintado ni si la ejecución del contenido sin soporte material ya ha comenzado, por el idéntico fundamento en los riesgos de copia o de que con un solo uso hayan quedado satisfechas las necesidades del consumidor; este paralelismo ya existía en el art. 102.c TR-LGDCU anterior a la reforma de la Ley 3/2014[254]; b) entre los mismos *contenidos digitales vendidos a distancia y en un establecimiento comercial* físico, pues, como se ha explicado, salvo políticas comerciales diversas y voluntarias, el consumidor tampoco tiene derecho a probar los productos digitales; y c) entre los *contenidos digitales y los contenidos analógicos*, pues, por ejemplo, mientras un libro en papel sí puede consultarse en tienda sin detrimento de los legítimos derechos de explotación del titular de la propiedad

---

251 Sugiere JACQUEMIN ("Digital Content…", cit., p. 51) que ese sería el mejor enfoque de protección para asegurar la funcionalidad e interoperabilidad.

252 Recuérdese que la decisión legislativa a este respecto cambió desde la Propuesta de Directiva (en la que no se permitía desistir una vez que el servicio había comenzado *ex* art. 19.a) a la Directiva finalmente adoptada (que lo permite bajo ciertas condiciones *ex* art. 14.3, con abono del importe proporcional al servicio ya suministrado).

253 *DG Justice Guidance*…, cit., p. 65.

254 Ese art. 102.c TR-LGDCU iba más allá del tenor del art. 6.3 de la Directiva 1997/7 sobre ventas a distancia, que la doctrina europea consideraba deficiente en este punto (por todos, *vid.* con referencias ARROYO AMAYUELAS, E., "Comentarios al art. 102 TR-LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., p. 1005). El legislador español colmó esa carencia con el siguiente tenor (en cursiva lo ausente de la Directiva): no existirá desistimiento en "contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor y usuario, *así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente*".

intelectual, la consulta de un libro electrónico en su integridad, con posibilidad de copia y lectura plena, sí puede frustrar tanto los intereses del vendedor como los del titular de la propiedad intelectual.

De alguna forma, la Directiva y la Ley 3/2014 tienen presentes esas diferencias y en esencia consagran tres reglas *ad hoc* para los contratos sobre contenidos digitales en función de si se suministran con y sin soporte material: en el ámbito de las excepciones al desistimiento, en el *dies a quo* y en relación con los costes de desistir (gratuidad) en caso de incumplimiento de los deberes informativos del empresario.

Como *conclusión*, el nuevo régimen legal permite, como *regla general desistir* de los contratos a distancia (y fuera de establecimiento) sobre contenidos digitales suministrados tanto con soporte material como sin él. *Pero las excepciones al desistimiento son tan amplias y el momento de inicio del cómputo del plazo tan estricto* en los suministrados sin soporte material, que cabe vaticinar que el ejercicio del derecho de desistimiento *será muy marginal*, salvo en el caso de que el empresario no cumpla sus deberes informativos y formales. De donde cabe colegir que en realidad *el nuevo régimen legal busca acentuar los deberes de información precontractual, más que garantizar un eficaz derecho de desistimiento del consumidor tras acceder y probar el contenido digital*, que, ciertamente, en tal supuesto queda excluido.

Y es que en el fondo de la decisión legislativa sobre si permitir o no el desistimiento en este tipo de contratos laten las *dificultades acerca de la plena restitución de las prestaciones* por ambos contratantes. Por un lado, la dificultad o imposibilidad de devolución del contenido digital por el consumidor que desiste y, por otro lado, la devolución de la contraprestación satisfecha por el consumidor al empresario –que revestirá menor complejidad en caso de ser dineraria, pero abrirá nuevos interrogantes en supuestos de cesión de datos o de prestaciones de hacer a cargo del consumidor–. En efecto, en los contenidos digitales (tanto si se suministraron en soporte CD, DVD o similar, como si se descargaron desde internet, como si se disfrutaron en tiempo real sin descarga como también, aunque en otra medida[255], en los servicios *on line* de puro uso y tracto sucesivo, sin copia a disposición del usuario) su restitución será imposible o inadecuada, en función de cada caso, puesto que o bien el consumidor ya lo disfrutó o utilizó para satisfacer una necesidad puntual –como es propio de los bienes experienciales– o bien puede restituir el original recibido y quedarse con una copia exacta de la misma calidad. A la luz de los avances tecnológicos existentes, tampoco cabe desconocer que el suministrador dispone de medidas técnicas eficaces para evitar la copia, desactivar la funcionalidad del contenido digital o denegar el acceso a él (v. gr., inutilizar las claves de acceso a una aplicación o plataforma en línea). Una vez más,

[255] Pues aquí puede apreciarse que la prestación sólo se ha ejecutado parcialmente por parte del empresario en caso de suscripción a servicios periódicos de contenidos digitales (prensa, programación audiovisual, etc.)

la interacción con cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual es notable, en especial, en relación con el llamado "agotamiento" del derecho de distribución y la posibilidad de que los usuarios revendedores o cesionarios de obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual se queden con una copia tras haber cedido los derechos de uso que tenían sobre ellas (la denominada "*forward and delete question*")[256]; recuérdese que ya en el asunto *UsedSoft*, el Tribunal de Luxemburgo estableció como condición para la lícita cesión onerosa a tercero de las licencias de uso de programas de ordenador adquiridos por descarga legítima en internet que el adquirente original debía "hacer inutilizable su propia copia en el momento de reventa de ésta", en concreto, en el caso, la copia descargada en su ordenador, y, aunque puede ser difícil comprobarlo, recuerda el tribunal, existen medios técnicos para evitar que el primer adquirente siga usando esa prestación[257]. A buen seguro, este tipo de consideraciones y la búsqueda de un equilibrio entre lo que técnicamente puede hacer una y otra parte contractual, consumidor y empresario, pesaron en la decisión del legislador europeo de la Directiva 2011/83 para permitir un derecho de desistimiento para los contenidos digitales tan limitado como el que finalmente se aprobó.

También la Propuesta europea de Reglamento CESL ha tenido presentes los problemas de la restitución de las prestaciones en el desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales y puede acabar yendo más allá de la Directiva en el ofrecimiento de soluciones. En particular, de las enmiendas que presentó el Parlamento Europeo el 26 de febrero de 2014 a la versión del CESL presentada por la Comisión Europea cabe destacar dos aspectos: por una parte, considerar "restituible" (*returnable*) el contenido digital a los efectos de un válido desistimiento (a) cuando el contenido digital con soporte material se devuelve precintado o no se entregó al consumidor precintado; (b) cuando resulta patente que el consumidor que devuelve el soporte material no puede haberse quedado con una copia susceptible de uso (*usable copy*) del contenido digital; (c) o cuando el vendedor puede sin un esfuerzo o gasto significativo impedir usos ulteriores del contenido digital por parte del consumidor, como, por ejemplo, destruyendo su cuenta de usuario[258]. Y, por otra parte, en caso de que la contraprestación del consumidor no hubiese sido dineraria, como, por ejemplo, cuando se cedieron datos personales, las enmiendas al CESL proponen que, en caso de que esa contraprestación no pueda devolverse, el empresario que la recibió deberá abstenerse de

---

256 Así, la aborda la EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, cit., p. 13.

257 STJUE 3 julio 2012, cit., §§ 70 y 78-79. Como dice la sentencia (§ 79), aunque puede resultar difícil comprobar que la copia inmaterial descargada se ha hecho inutilizable el titular de los derechos de autor que distribuye copias de un programa de ordenador grabadas en un soporte material tiene la misma dificultad y "para resolver esta dificultad, el distribuidor –'clásico' o 'digital'– puede emplear medios técnicos de protección, como claves de producto".

258 *European Parliament legislative resolution of 26 February 2014 on the proposal*…, cit. (*supra*, n. 97), pp. 171-172 (enmiendas 229 y 23, con modificaciones al art. 172a CESL).

usarla ulteriormente, por ejemplo, destruyendo los datos recibidos e informando al consumidor de esa eliminación[259].

Examinemos a continuación las tres nuevas reglas especiales sobre el desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales introducidos en el TR-LGDCU por la Ley 3/2014.

4.3.2. Excepciones al derecho de desistimiento

Como se ha explicado, el legislador ha buscado un paralelismo entre los contenidos digitales suministrados con soporte material (*off line*, en CD, DVD, Blu-Ray o similar) y los suministrados sin soporte material (*on line*, con o sin descarga). En el primer caso desaparece el derecho de desistir al *desprecintar* después de la entrega el soporte que contiene las "grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados"; en el segundo caso, que incluiría estas obras o prestaciones y cualesquiera otras que quepan en el concepto amplio de contenidos digitales, el derecho desaparece cuando comience la ejecución (que haría las veces del "desprecintado" del contenido digital) después de haber recabado el empresario un "consentimiento reforzado" –así lo llamaremos[260]– del consumidor sobre las consecuencias de tener a su disposición la prestación acordada. El art. 103.m) TR-LGDCU lo expresa en los siguientes términos: "El derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a (…) [e]l suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo *consentimiento expreso* del consumidor y usuario con el *conocimiento* por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento" (énfasis añadido).

El paralelismo entre contenidos con y sin soporte material, en sede de desistimiento, ya existía en el ahora derogado art. 102.c) TR-LGDCU con otra dicción, pero similar propósito[261]. De los iniciales *shrink wrap agreements*, en los que al rasgar el plástico protector del embalaje de un programa de ordenador se entendía emitido el consentimiento, aceptando sin vuelta atrás las condiciones de uso, a los modernos *click-wrap* o *browse-wrap agreements*, en los que pinchar en un enlace o casilla o simplemente acceder a páginas subsiguientes del navegador de Internet pueden equipararse a declaraciones de voluntad y aceptación de condiciones generales de la

[259] *European Parliament legislative resolution*…, cit., p. 172 (enmienda 232, con modificación del art. 172a CESL). La versión del art. 173.6 CESL (Anexo I) inicialmente presentada por la Comisión Europea, en cambio, se optaba por el siguiente criterio (ahora descartado por el Parlamento): "en caso de contenidos digitales no suministrados a cambio del pago de un precio, no se realizará restitución alguna". Asimismo, el art. 173.4 de la versión inicial del CESL, respetada por el Parlamento, establecía y establece que "en el caso de los contenidos digitales, el valor monetario de lo recibido será la cantidad que haya ahorrado el consumidor al utilizar los contenidos digitales".

[260] Por abreviar en las próximas páginas, tras explicar sus rasgos, y a falta de expresión sintética más precisa.

[261] *Vid. supra*, nota 253.

contratación, hay pocas décadas de diferencia y mucha evolución tecnológica; pero en todas estas técnicas subyace la idea de que una vez accedido al contenido de la prestación digital así "desprecintada" ésta no puede ser devuelta *ad nutum* y el consumidor ha aceptado los términos contractuales predispuestos por el empresario.

A tenor del nuevo art. 103.m) TR-LGDCU, a primera vista podría parecer que el consumidor emite un doble consentimiento: para el inicio de la ejecución y para la pérdida de desistimiento por esta causa. *¿Por qué la norma habla entonces de "consentimiento" y "conocimiento"?* Una explicación podría ser la siguiente: la pérdida del desistimiento es una consecuencia directamente aparejada por la ley (atada por la armonización de máximos de la Directiva en este punto, no se olvide) al inicio de la ejecución del contrato; por lo tanto, técnicamente, más que *consentir* un efecto legal, se requiere garantizar que el consumidor *es consciente* de dicho efecto cuando emite su (éste sí) auténtico consentimiento a que la ejecución contractual comience, con su doble consecuencia: disponibilidad de la prestación y pérdida del derecho a desistir del contrato. Al suministrador del contenido digital se le imponen nuevos requisitos informativos y formales para recabar este consentimiento reforzado[262], con claras sanciones civiles en caso de incumplimiento (art. 108.4 TR-LGDCU), como luego se verá.

La norma exige que el *consentimiento* del consumidor a que la ejecución contractual se inicie (con la consecuencia de perder el derecho a desistir) debe ser "*expreso*". Con esa mención, y a la luz de otras reformas introducidas en el TR-LGDCU para transponer la Directiva 2011/83, debe patrocinarse una interpretación del art. 103.m) en línea con el nuevo art. 60 bis TR-LGDCU (consentimiento expreso para pagos adicionales). En consecuencia, debe entenderse que la aceptación por el consumidor al inicio de la ejecución se realice "sobre una base de opción de inclusión"; es decir, no cabe presumir emitido el consentimiento expreso a los efectos del art. 103.m (y, por tanto, podrá desistir aun comenzada la ejecución del contrato) cuando el empresario "lo ha deducido utilizando opciones por defecto que [el consumidor] debe rechazar para evitar" esa consecuencia legal. *El consumidor debe consentir con una acción positiva (no con una omisión),* como marcar una casilla; ni el uso de casillas que aparecen marcadas por defecto ni la inserción de una cláusula dentro de las condiciones generales no negociadas y aceptadas en bloque se entenderá que satisfacen el requisito del consentimiento expreso[263]. Por lo demás, el consentimiento expreso y la declaración de ciencia que constituye manifestar el conocimiento de lo que comporta el inicio de la

---

[262] Que, de otra forma podría parecer absurdo al evocar "consentimientos sin conocimiento" (no del contenido contractual acordado, sino de un efecto legal: "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", art. 6.1 CC) o "consentimientos inconscientes".

[263] Esa es también la interpretación de la Directiva sostenida por la *DG Justice Guidance*…, cit., pp. 49 y 66, que defiende la lectura del art. 16.m) de la Directiva 2011/83 en clave de analogía con la regla del consentimiento expreso del art. 22.

ejecución contractual a efectos de desistimiento pueden perfectamente producirse en un solo acto o manifestación[264].

Si la ejecución del contrato sobre contenidos digitales *on line* comenzó (descargó, vio/escuchó el archivo en *streaming*), el consumidor pudo ver satisfechas sus necesidades o pudo copiar el contenido para un ulterior uso. Permitirle desistir después puede ser inequitativo y nocivo para los intereses del suministrador. Ahora bien, *puede existir un lapso de tiempo –infrecuente en la práctica–, entre el momento de conclusión del contrato*, que hace comenzar el plazo de catorce días naturales para desistir del contrato *ex* arts. 102.1 y 104.c) TR-LGDCU, *y el momento de inicio de ejecución del contrato*. Durante ese lapso, y mientras el consumidor no dé su consentimiento reforzado a que la ejecución comience, *seguirá teniendo derecho a desistir* del contrato pues ese período de recapacitación en modo alguno resulta perjudicial para el suministrador y permite atajar alguno de los peligros propios de la contratación electrónica (contratación irreflexiva, actos involuntarios por el manejo torpe de la tecnología, etc.). Será lo que ocurra, por ejemplo, cuando el suministrador del contenido digital facilite al consumidor un enlace a una web o una clave de acceso para iniciar la descarga o el visionado en tiempo real, de manera que perdería el derecho a desistir tras activar ese enlace o acceder al contenido[265]. En cualquier caso, como denuncian ciertas asociaciones de consumidores, dado que la descarga y disfrute del contenido digital suele coincidir con la perfección del contrato, este limitado derecho de desistimiento tendrá poca utilidad[266].

Ciertamente, la excepción establecida para los contenidos digitales cuya ejecución comenzó con el consentimiento reforzado del consumidor (art. 103.m TR-LGDCU) tiene su *parangón* en la establecida en general para los *contratos de servicios* (art. 103.a TR-LGDCU), pero aquélla supone un tratamiento más radical que ésta en contra de los intereses del consumidor, lo que ha despertado la incomprensión de la doctrina[267]. En

---

[264] La DG Guía-2014 (*DG Justice Guidance*…, cit., p. 66) así lo asume y propone la siguiente cláusula (traducción propia): "[ ] Por la presente doy mi consentimiento a la ejecución inmediata del contrato y reconozco que perderé mi derecho a desistir del contrato una vez que la descarga [*download*] o disfrute en tiempo real [*steaming*] del contenido digital haya comenzado".

[265] Sugiere el ejemplo la propia *DG Justice Guidance*…, cit., p. 65.

[266] BEUC, *Digital products: EU consumers need*..., cit., p. 9.

[267] Según S. DÍAZ ALABART y M. T. ÁLVAREZ MORENO ("Comentario al art. 16 de la Directiva 2011/83", en ID. [dir. y coord.], *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*, Reus, Madrid, 2014, pp. 424-425), en relación con la Directiva, "no se comprende el por qué en el caso que nos ocupa no se le da el mismo tratamiento", cuando el considerando 50 de la Directiva señala que el consumidor debe poder disfrutar del desistimiento aunque haya solicitado la prestación de los servicios antes de expirar el período de desistimiento siempre que "el comerciante tenga garantías de que se le va a pagar convenientemente el servicio que ha prestado". Estas autoras aventuran que "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 ejecutado el "servicio" carezca de sentido el desistimiento, pero existen, añaden, otros servicios de contenidos digitales de tracto continuo o sucesivo en los que el consumidor podría abonar sólo parte del servicio prestado (por ejemplo, indican, los servicios de televisión por cable). Aunque esta denuncia de desigual trato puede estar justificada, en la

efecto, el desistimiento no tiene lugar "una vez que el *servicio* haya sido *completamente ejecutado*, cuando la ejecución haya comenzado" con el previo consentimiento reforzado del consumidor. Pero si el servicio ha sido sólo parcialmente ejecutado y el consumidor desiste en plazo, según el art. 108.3 TR-LGDCU éste abonará al empresario un "importe proporcional a la parte ya prestada del servicio" en el momento de informar al empresario del ejercicio del desistimiento[268]. En cambio, a tenor del art. 103.m TR-LGDCU, cuando el suministro de contenido digital comenzó con el consentimiento reforzado del consumidor, éste habrá perdido su derecho a desistir (incluso aunque el suministro no haya finalizado ni se haya "ejecutado completamente", en el caso de prestaciones digitales periódicas). Naturalmente el artículo se refiere al desistimiento en el plazo de catorce días desde la celebración del contrato, no a la posibilidad de denunciar posteriormente el contrato en caso de ser de duración indefinida y en función de su naturaleza y de las condiciones pactadas. En cualquier caso, es posible que el legislador haya podido verse entrampado en su celo por evitar diferencias sobre tipos contractuales cuando el objeto son contenidos digitales[269] y haya prescindido de hacer ulteriores precisiones, que seguramente serían necesarias en este punto. De hecho, una lectura atenta de la Guía de la Comisión Europea de junio de 2014 sobre la interpretación de la Directiva 2011/83 revela, por la vía de los ejemplos que sugiere, que determinados contratos de tracto sucesivo sobre contenidos digitales (v. gr., suscripciones a periódicos o revistas digitales) deberían recibir, en punto al desistimiento, el trato propio de los servicios[270], incluida la posibilidad de desistir con pago proporcional al servicio recibido dentro del plazo de desistimiento si el servicio no se ejecutó completamente. Con la legalidad establecida en la mano, para llegar a esa solución acaso se podría intentar apelar a diversos expedientes (interpretación restrictiva

---

búsqueda de una solución o explicación no debería pasarse por alto la declarada voluntad del legislador europeo (considerando 19 de la Directiva) de evitar la calificación del contrato sobre contenidos digitales como contrato de servicios (o de compraventa o de otro tipo) y su intención de dar soluciones unívocas a todo el grupo de contenidos digitales prestados sin soporte material, según se advierte a continuación.

[268] Critica DOMÍNGUEZ LUELMO ("Derecho de desistimiento", en CÁMARA/ARROYO, *La revisión*…, cit., pp. 228-229) que la Directiva, al apartarse de la STJUE 10 abril 2008 en el asunto *Hamilton*, no llegue a resolver bien la situación producida cuando el servicio se prestó en su integridad y propone acentuar las diferencias entre los servicios que se prestan de una sola vez (ineficacia retroactiva tras desistir) y aquellos que se prestan periódicamente (ineficacia *ex nunc*), con base en el considerando 50 de la Directiva.

[269] Sobre ello, *supra*, apartado 2.1

[270] Estos ejemplos no se aducen al tratar específicamente del desistimiento en los contratos sobre "productos digitales *on line*" (donde se alude a la pérdida del desistimiento con el comienzo de la descarga o del *streaming* archivo de música o vídeo: *DG Justice Guidance*…, cit., p. 65), sino en sede del "desistimiento de la provisión de servicios", al abordar el pago proporcional por el servicio parcial prestado cuando se desiste en tiempo (*ibidem*, p. 51); ahí se afirma expresamente que "esas reglas sobre el derecho de desistimiento también se aplican a los servicios pagados que se suministran por vía electrónica, como por ejemplo: suscripciones a almacenamiento en la nube de fotografías creadas por el consumidor, a redes sociales o a telefonía de voz o video por internet; suscripciones a servicios en línea de información meteorológica o de tráfico; suscripciones a periódicos o revistas en línea (…)". Como puede apreciarse, aunque algunos de los ejemplos pueden tener una discutida calificación dentro de la noción legal de contenidos digitales, otros encajan a plenitud.

de las excepciones como la contenida en el art. 103.m; interpretación más favorable al consumidor *ex* art. 51 CE; auténtica naturaleza jurídica del contrato concertado para aplicar, cuando proceda, el régimen del desistimiento en los servicios del art. 103.a y 108.3 TR-LGDCU; inocuidad del desistimiento cuando la mayor parte de los contenidos digitales de tracto sucesivo aún no se han suministrado; etc.[271]), pero probablemente esos argumentos, *lege lata*, cuentan con tantos contraargumentos (existencia de dos excepciones *ad hoc* con claro matiz distintivo en cuanto a la ejecución contractual iniciada o completada; definiciones distintas en el art. 59bis de "contrato de servicios" y de "contenido digital" y rotunda declaración del considerando 19 de la Directiva 2011/83 de que los contratos sobre éste no han de considerarse a los efectos del texto legal ni como servicios ni como compraventa; armonización máxima en este punto tras sopesar los intereses en juego; etc.) que hacen incierta la solución hasta tanto el TJUE se pronuncie al respecto, resultando muy dudoso que pueda sostenerse mientras una interpretación correctora del contenido del art. 103.m TR-LGDCU.

Por último, en cuanto a los contratos sobre contenidos digitales suministrados *con* soporte material (que, recuérdese, reciben la calificación de "bienes" también a los efectos del art. 103 por imperativo del art. 59bis 2 TR-LGDCU), es posible aplicarles alguna otra excepción legal al derecho de desistimiento, como las relativas al suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados (art. 103.c) o, acaso, la relativa al suministro de "prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas" (v. gr., suministrada en CD o DVD; por ejemplo, todos los ejemplares publicados de una revista durante dos décadas), con la excepción, como recoge el art. 103.j TR-LGDCU, "de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones", respecto de los cuales sí cabe el derecho de desistimiento[272] con el momento especial de inicio de cómputo del plazo del art. 104.b.3º TR-LGDCU.

4.3.3. Dies a quo para el cómputo del plazo de su ejercicio

El legislador ha establecido un *diferente día de inicio* del cómputo del período de catorce días naturales para desistir, en función de si se trata de *contenidos digitales suministrados con o sin soporte material*. En el primer caso, si se trata de un contrato de compraventa, el plazo comienza el día en que el consumidor o un tercero por él

[271] V.gr., el sentido de la mención de los términos "suministro, en su totalidad o *en parte*, de contenido digital" en el art. 108.4.b TR-LGDCU (pero sobre ello, *infra*, 4.3.4), de cara a admitir que el consumidor no asumirá coste alguno si desiste sin haber prestado su consentimiento reforzado o sin que el empresario haya cumplido todos los deberes formales de ese precepto.

[272] De nuevo, una interpretación favorable al consumidor podría pretender aplicar esta excepción a la excepción (¿*lex specialis*?) para garantizar el desistimiento del consumidor que suscribe un contrato de suministro de publicaciones digitales (en línea con la DG-Guía 2014), aunque nuevamente existen bastante argumentos en contra, comenzando por la monolítica excepción sobre contenidos digitales cuya ejecución haya comenzado del art. 103.m TR-LGDCU.

indicado, distinto del transportista, "adquiera la *posesión material de los bienes* solicitados" (art. 104.b TR-LGDCU), esto es, del CD, DVD u otro soporte óptico o de memoria donde se almacene el contenido digital; a estos casos se aplicarán también las reglas especiales de dicho precepto sobre entrega de múltiples bienes solicitados en el mismo pedido y entregados por separado, la entrega de un bien compuesto por varios componentes o piezas o sobre los contratos para entrega periódica de bienes durante plazo determinado[273]. En el segundo caso, los contratos sobre contenidos digitales *sin soporte material* se equiparan en cuanto a *dies a quo* a los contratos de servicios, pues tanto para éstos (art. 104.a) como para aquéllos (art. 104.c, que incluye también los contratos de suministro de agua, gas o electricidad no envasados y los de calefacción mediante sistemas urbanos) los catorce días se cuentan *a partir del día en que se celebre el contrato*. Subyace la idea de que el servicio, una vez recibido, no puede ser restituido.

El carácter incorporal del contenido digital sin soporte material hizo al legislador evitar la alusión al criterio de la "posesión material" y buscar un criterio por lo demás acorde con el auténtico carácter de servicios de numerosas prestaciones digitales; sin embargo, no es ésta la única opción legislativa disponible, pues podría tomarse en consideración, de acuerdo con la actual dinámica contractual electrónica, acudir a un criterio más cercano a la posesión que al momento de celebración del contrato cual es el del *control* del contenido digital por el usuario o en su caso, el de la *puesta a disposición del contenido digital*; estos criterios se adoptaron en la propuesta de Reglamento CESL sólo para delimitar el modo de entrega de los contenidos digitales[274], pero se descartaron, en relación con el *dies a quo* del período de desistimiento, que también en el CESL[275], como en la Directiva, es el día de celebración del contrato; en la decisión subyace el presupuesto de que el consumidor no puede desistir del contrato una vez que ha

---

[273] En este último caso, según el art. 104.b.3º TR-LGDCU el día inicial de cómputo es aquél en que el consumidor adquirió el primero de esos bienes. En los otros dos supuestos el *dies a quo* se fija en el momento en que adquiera la posesión material del último de los múltiples bienes solicitados, componentes o piezas. La disparidad de soluciones está plenamente justificada. Así, en el primer caso, que puede ejemplificarse en el envío a distancia de una colección de DVDs de películas o de óperas o una serie de CDs de música, con la recepción del primero el consumidor ya puede hacerse cargo de las características, funcionalidad e interoperabilidad del contenido; parece defendible, como sostienen DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO ("Comentario al art. 9 de la Directiva", en *Contratos a distancia…*, cit., p. 255), que aunque no se exprese en la norma es requisito de su aplicación que los bienes entregados periódicamente sean iguales entre sí o con una similitud esencial. En caso contrario (e inusual), cabe añadir, habría de aplicarse la regla relativa a la entrega de múltiples bienes en un solo pedido (*dies a quo* sería el de la adquisición de la posesión material del último bien).

[274] Según el art. 94.1.a Anexo I CESL, el vendedor cumplirá con su obligación de entrega en caso de contratos a distancia o fuera de establecimiento comercial sobre contenidos digitales con "*la transmisión* al consumidor *de* la posesión material o *el control de* los bienes o *los contenidos digitales*". Y, según el art. 94.1.c Anexo I CESL, en el resto de contratos, "*poniendo a disposición* del comprador los bienes o *los contenidos digitales*, o los documentos representativos de los mismos (…)". Por su parte, la enmienda número 181 aprobada por el Parlamento Europeo en febrero de 2014 elimina del art. 94.1.a la referencia a los contratos a distancia y fuera de establecimiento.

[275] *Vid.* art. 42.1.g) Anexo I CESL.

probado/accedido a los contenidos digitales, como criterio de política legislativa para diseñar este desistimiento limitado.

El criterio finalmente adoptado, pues, en el TR-LGDCU (momento de celebración del contrato) debe ponerse en conexión, como ya se ha explicado, con el inicio de la ejecución del contrato sobre contenidos digitales sin soporte material, pues aunque lo habitual será que coincidan, pueden diferir; en tal caso, el consumidor que manifestó su consentimiento reforzado para que se inicie la ejecución *perderá su derecho a desistir* (art. 103.m TR-LGDCU), *no tanto desde que emitió ese consentimiento, sino desde que la ejecución se inició* (accedió al contenido, descargó, activó el enlace correspondiente). Desde la celebración del contrato hasta el inicio de la ejecución antes de los 14 días naturales el consumidor podrá desistir.

4.3.4. Costes del desistimiento

De nuevo, las distintas características del suministro de los contenidos digitales según se procuren con o sin soporte material llevan aparejadas distintas consecuencias legales en cuanto a los costes del ejercicio del derecho a desistir. En el caso de los contratos sobre contenidos digitales suministrados *con soporte material* ("bienes"), en aplicación del art. 108.1 TR-LGDCU, el consumidor sólo soportará los "costes directos de devolución", salvo si el empresario aceptó asumirlos o no informó al consumidor de que le correspondía asumir esos costes. Además, el consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento (art. 108.2 TR-LGDCU).

En el caso de los contratos sobre contenidos digitales suministrados *sin soporte material* (enteramente *on line*), el art. 108.4.b TR-LGDCU traza una regla *ad hoc*, única y distinta tanto de la propia del desistimiento de contratos sobre "bienes", como de contratos de servicios (art. 108.3, pago proporcional por desistimiento tras recibir una ejecución parcial del servicio), como de la paralela regla[276] sobre penalización del empresario cuando no haya recabado el consentimiento reforzado del consumidor y cumplido sus deberes informativos en cuanto al desistimiento en los contratos de servicios o de suministro de agua, gas o electricidad no envasados o de calefacción mediante sistemas urbanos. En concreto, bajo el título general de "obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento", el art. 108.4.b TR-LGDCU establece:

> *"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:*

[276] Idéntica en consecuencias pero no en requisitos.

1.º El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102.

2.º El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien

3.º El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2".

La lectura del precepto, en el contexto del resto de reglas sobre el desistimiento en los contratos a distancia y en los celebrados fuera de establecimiento mercantil, permite llegar a las siguientes consideraciones:

a) Respecto a los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material no se hace referencia alguna a quién ha de asumir los *costes de devolución*, porque resulta difícil imaginar en qué puede estribar esa devolución[277], que en la mayoría de los casos será innecesaria, inútil o insuficiente, como ya se expuso, bastando la desactivación o inhabilitación del uso del contenido digital (*supra*, 4.3.1). Tampoco existe previsión específica sobre la *responsabilidad por disminución de valor* del contenido digital por manipulaciones innecesarias, porque la decisión legislativa de no permitir probar o acceder al contenido digital sin pérdida del derecho a desistir –cumplidos los requisitos del consentimiento reforzado[278]– haría vana la previsión.

b) Así como se admite el desistimiento en los contratos de *servicios* concluidos a distancia y fuera de establecimiento siempre que el servicio no se hubiese ejecutado *completamente* antes de expirar el plazo de desistimiento, no parece haberse adoptado esa solución también para los contenidos digitales (o al menos, como se expuso, no resulta patente), de manera que, conforme al art. 103.m TR-LGDCU, iniciada la ejecución del contrato sobre contenidos digitales (sin soporte) con consentimiento reforzado del consumidor desaparece su derecho a desistir. En este sentido, la referencia del art. 108.4.b a que el consumidor no asumirá ningún coste por "el suministro, en su totalidad o *en parte*, de contenido digital" no desdice la solución legal, pues en tal supuesto de suministro total o parcial (sin coste, descartando cualquier pago proporcional), el inicio de la ejecución del contrato habrá comenzado sin que el empresario haya cumplido las obligaciones informativas y formales que le competen

[277] Salvo acaso, y no parece acorde con la realidad tecnológica actual, los costes de desinstalación del contenido digital en el dispositivo del usuario. Por su parte, si para disfrutar de los contenidos digitales hubo de contratarse algún tipo de complemento o dispositivo adicional tangible (decodificador, componentes de *hardware*) cabe entender que su régimen de devolución tras el desistimiento sigue el propio del resto de los "bienes" corporales, aunque el distinto *dies a quo* entre los contratos relativos a éstos y los relativos a los contenidos digitales sin soporte en algún caso podría producir alguna disfunción.

[278] Y, de no haberse cumplido éstos, la sanción del propio art. 108.4.b es, precisamente, que el consumidor no soportará ningún coste, incluido ése.

para recabar el consentimiento reforzado del consumidor que ahora se expondrán. Y en esta consecuencia civil por incumplimiento del empresario radica la novedad real del precepto.

c) Para que se despliegue la consecuencia de *que el consumidor no tenga que asumir ningún coste, lo que significa que seguirá teniendo derecho a desistir y no tendrá que pagar nada* por lo hasta ese momento recibido y disfrutado[279] o bien tendrá derecho al reembolso íntegro de lo que pagó, *debe producirse cualquiera de las siguientes tres circunstancias, que no son cumulativas sino alternativas* y que, en una lectura correcta del precepto suponen incumplimientos de tres deberes distintos del suministrador del contenido digital[280]: *1º) Cuando el empresario no recabó el consentimiento expreso del consumidor a que se iniciase la ejecución* antes de que finalice el plazo de catorce días para desistir contados desde la celebración del contrato. *2º) Cuando el empresario no recabó la declaración de ciencia del consumidor de conocer las consecuencias legales de la pérdida del desistimiento* aparejadas al citado consentimiento expreso a la ejecución inmediata[281]; como ya se expuso, esta

[279] Subrayan que ésa es la consecuencia legal en el ámbito de la Directiva LOOS *et al.*, "The Regulation…", cit., p. 740; ARROYO AMAYUELAS, "La contratación a distancia en la Directiva…", cit., p. 271. También el *DG Guidance Document*…, cit., p. 66 aclara que en estos casos el art. 14.4.b de la Directiva 2011/83 "legitima al consumidor tanto a no pagar por el contenido recibido como a ser rembolsado por las cantidades que pagó".

[280] Se alude a una lectura correcta, porque la dicción de los números 1º y 2º del art. 108.4 TR-LGDCU parece teñida de cierto subjetivismo al redactar el precepto desde el punto de vista de los actos o, por mejor decir, de las omisiones del consumidor –situando entonces al intérprete de la norma en una cuestión relativa a la carga de la prueba sobre las acciones del consumidor, que corresponde al empresario, más que a una improbable prueba subjetiva y negativa acerca de la falta de consciencia del consumidor–, cuando en realidad resultaría técnicamente más abonado aludir a que el empresario no haya recabado el consentimiento reforzado del consumidor (incluido su conocimiento de las consecuencias legales de consentir la ejecución inmediata). La prueba, por tanto, no versa sobre la consciencia (interna) o no del consumidor, sino sobre si hizo o no una declaración (externa) de ciencia o conocimiento de las consecuencias de su otra manifestación, ésta de voluntad (una prueba positiva).

[281] Con esta interpretación, que ya se argumentó antes (apartado 4.3.2), puede acaso despejarse la perplejidad que ha despertado en la doctrina el inciso relativo a que el consumidor "*no es consciente* de que renuncia a su derecho de desistimiento *al dar su consentimiento*" (art. 108.4.b.2º). Tras preguntarse si el supuesto legal se referirá a que el consumidor "no llegue a hacerse a la idea de que su consentimiento implica renuncia" o a si es una protección a personas "que actúan 'inconscientemente' cuando prestan su consentimiento expreso", DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO ("Comentario al art. 14 de la Directiva", en *Contratos a distancia…*, cit., pp. 355-357) ofrecen tres interpretaciones al inciso, distintas de la aquí sustentada: en primer lugar, descartan que se trate de un supuesto de falta de información por parte del comerciante, porque el precepto está redactado contemplando una situación subjetiva del consumidor (no ser "consciente"); en segundo lugar, critican la dicción y prefieren la usada en el art. 45.6.ii) CESL (que "el consumidor no haya reconocido su renuncia al derecho de desistimiento al dar su consentimiento") y proponen que el precepto de la Directiva se podría referir a *consumidores vulnerables* que pueden necesitar una información más específica para la pérdida del derecho; en tercer lugar, sugieren una posible interpretación conjunta de los arts. 6.1.k), 8.7.b) y 16.m) de la Directiva, dado que ésta permite el desistimiento del contrato de servicios (pero no de servicios de contenido digital) aunque se haya iniciado la ejecución: según las citadas autoras, "sólo si no es consciente de las consecuencias negativas que implica el inicio de la ejecución durante el plazo de desistimiento y así lo prueba el consumidor, podrá liberarse del pago proporcional al servicio prestado".

declaración del consumidor puede obtenerse por el empresario en el mismo momento y acto del consentimiento expreso (y eso será lo normal) o en otro distinto. Con la sanción autónoma que procura el art. 108.4.b.2º, el legislador quiere reforzar la diligencia del empresario en el cumplimiento de sus deberes informativos sobre los supuestos en que se tiene o no se tiene derecho a desistir; aunque consten en la norma, el legislador carga en el empresario un deber adicional de información de los derechos que por ley asisten al consumidor y las causas por las que se pierden. *3º) Cuando el empresario no haya dado al consumidor la confirmación*[282] *del contrato celebrado, en la que deben incluirse también todos los extremos de información precontractual exigidos legalmente*[283] (incluida la relativa a funcionalidad e interoperabilidad del contenido digital), *así como la confirmación (post-contractual) del consentimiento reforzado del consumidor acerca del inicio de la ejecución del contrato y sus consecuencias legales*. Es decir, no sólo el suministrador debe recabar ese consentimiento reforzado (aceptar la ejecución y conocer que con ello se renuncia al derecho a desistir), sino que debe confirmar formalmente al consumidor que ha recibido esas declaraciones de voluntad y conocimiento; lo cual supone un nuevo deber de información, sujeto a tiempo y forma, que, de incumplirse, hace revivir el derecho de desistimiento sin coste alguno[284] que, en principio, había perdido el consumidor al iniciarse la ejecución del contrato al amparo de su manifestación de voluntad y conocimiento.

d) En conclusión, *la exención plena de costes* para el consumidor que desiste del contrato sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material cuando el suministrador no haya cumplido todos los deberes informativos y formales del art. 108.4.b TR-LGDCU *supone en realidad el refrendo* –por vía de consecuencias civiles por incumplimiento– *de una doble barrera o advertencia informativa y formal exigible al empresario: al solicitar el consumidor el comienzo de la ejecución contractual y al enviar el empresario la confirmación del contrato*, notificando así que recibió el consentimiento expreso y reforzado del consumidor por el que pierde su derecho a desistir. Puesta en sus justos términos, *la norma sobre exención de pago* por desistir

---

[282] Con los *requisitos formales y temporales* que fijan, para los contratos a distancia, el art. 98.7 (en soporte duradero, en plazo razonable tras la celebración, a más tardar antes de la entrega de los bienes o antes de la ejecución del servicio) y, para los contratos celebrados fuera de establecimiento, el art. 99.2 TR-LGDCU (facilitar copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si el usuario está de acuerdo, en un soporte duradero diferente).

[283] Por exigirlo, respectivamente, el art. 98.7.a con remisión al art. 97.1 para los contratos a distancia. Cfr. los arts. 99.1 y 99.2 (todos del TR-LGDCU) para los contratos fuera de establecimiento.

[284] El propio *DG Guidance Document*…, cit., p. 66, señala que el remedio del art. 14.4.b de la Directiva (= art. 108.4.b TR-LGDCU) "debería aplicarse incluso cuando el consumidor ha perdido el derecho de desistimiento" de acuerdo con el art. 16.m, si el empresario no cumplió con su obligación de confirmar el consentimiento y conocimiento referido en estos artículos. Antes de esta interpretación "oficial" de la Directiva, algunos autores habían dudado de las consecuencias de la falta de confirmación y, en concreto, LOOS *et al*. ("The Regulation…", cit., p. 740) sostenían que debería interpretarse que el consumidor debía pagar por la ejecución ya prestada porque el objetivo de esas reglas "no pagar si no había sido adecuadamente informado" ya había sido conseguido. Como se ve, la interpretación que aquí se propone resulta más congruente con los objetivos legislativos y más respetuosa con el tenor legal.

contenida en el art. 108.4.b TR-LGDCU *no busca propiamente fomentar el desistimiento en este ámbito* (que, por la naturaleza de las cosas y el trazado legal rara vez operará, pues el consumidor descargará o accederá al contenido perdiendo así su derecho a desistir), *sino más bien fomentar fuertemente las nuevas obligación de información que pesan sobre el empresario en cuanto al muy limitado carácter del desistimiento* en relación ciertos contratos sobre contenidos digitales.

5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

El nuevo régimen legal de protección del consumidor de contenidos digitales diseñado en la Directiva 2011/83 y transpuesto en el TR-LGDCU por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, básicamente se circunscribe a establecer *nuevos deberes de información precontractual*, pero con un impacto muy relevante en este ámbito contractual al exigir el suministro de información sobre la funcionalidad y la interoperabilidad de los contenidos digitales. Esa información incide en aspectos capitales para el goce del consumidor digital, como las restricciones de uso de los contenidos mediante medidas tecnológicas de protección, el número de copias privadas o de reproducciones permitido, el tipo de aparatos con los que aquéllos son compatibles o los requisitos (sistema operativo, versiones, etc.) que otros dispositivos deben cumplir para poder disfrutar de los contenidos digitales adquiridos, por citar sólo unos pocos ejemplos relevantes. En este ámbito urge una especial *clarificación y coordinación entre las reglas procedentes del Derecho de propiedad intelectual* –con el actual proceso europeo de revisión de la normativa europea al respecto, sobre todo desde finales de 2013– *y las normas de protección de los consumidores*, en aspectos como el agotamiento del derecho de distribución (¿pueden los consumidores revender o ceder los contenidos digitales adquiridos legítimamente sin soporte material?) o el balance entre las medidas técnicas de protección y los límites a los derechos de propiedad intelectual (¿puede impedirse total o parcialmente la copia privada de contenidos digitales mediante MTP?).

Además, el nuevo régimen legal consagra un *limitado derecho de desistimiento* de los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material (enteramente *on line*), respecto del que cabe pronosticar que *será poco operativo en la práctica* por la amplitud de las excepciones y el *dies a quo* fijado; *más bien* el legislador, en este primer ensayo legislativo en que finalmente optó por admitir el desistimiento, ha perseguido con sus reglas *introducir otro conjunto de deberes informativos y formales* sobre su régimen legal, estableciendo algunas medidas civiles de sanción al empresario (desistimiento sin coste alguno), que siguen ausentes *expressis verbis* para el caso de incumplimiento de otros deberes informativos.

Finalmente, la mera introducción, por vez primera en el ordenamiento de consumo nacional y europeo, de un *concepto legal de "contenido digital"*, con la amplitud con que se hace, produce un "efecto mariposa" o, como se ha preferido explicar en el texto,

un "síndrome del rizoma" dentro del propio TR-LGDCU. Así, por una parte, la transposición de la Directiva 2011/83 ha sido prácticamente impecable y clónica por medio de la Ley 3/2014, atenazada por el designio de la armonización máxima perseguida por aquélla; pero, por otra parte, el nuevo concepto de "contenido digital", una nueva noción de "bien" con alcance limitado (no impecable en este punto) a algunos preceptos y las previas definiciones de "bienes" y "productos", que subsisten, hacen factible defender la extensión otros instrumentos de protección contenidos en el TR-LGDCU a los contratos sobre contenidos digitales, como sucede con el régimen de la conformidad en el contrato de compraventa o con la responsabilidad civil extracontractual por productos defectuosos, entre otros. Curiosamente, aspectos no abordados por la Directiva 2011/83 respecto a los contenidos digitales (pero sí por la Propuesta de Reglamento europeo CESL), pueden haberse hecho ahora de más evidente aplicación en el TR-LGDCU tras la reforma, sin que la armonización máxima se oponga a ello, por estar fuera del ámbito de aplicación de la norma europea. La decisión del legislador de consumo de prescindir de la calificación jurídica del tipo contractual (ni venta ni servicios, en la dicotomía básica contemplada en el Derecho privado europeo) cuando se trata de aplicar las nuevas reglas de información y desistimiento a los contratos sobre contenidos digitales es una solución que evita bastantes problemas de interpretación, pero puede producir algunos otros y, en todo caso, no podrá soslayarse a la hora de aplicar otros instrumentos y otras normas.

En definitiva, este régimen legal ahora estrenado es un *primer y muy importante paso* para la protección del consumidor de contenidos digitales. Sin duda *otros seguirán*. El art. 30 de la Directiva 2011/83 ya exige a la Comisión europea un informe para finales de 2016 en el que evalúe las disposiciones de la Directiva sobre el contenido digital y el desistimiento y haga propuestas legislativas de adaptación[285]. La propia Comisión trabaja desde hace un tiempo en una normativa específica de protección del consumidor en relación con el almacenamiento de contenidos digitales en internet (*cloud computing*). La propuesta de Reglamento CESL aborda aspectos ausentes sobre los contenidos digitales en la Directiva (conformidad del contenido digital con el contrato, remedios especiales, establecimiento de algunas cláusulas abusivas *ad hoc*, responsabilidad civil por daños, etc.). Con el marco actualmente en vigor, más allá de los nuevos requisitos de información, diseñados para obtener un auténtico consentimiento informado en un mundo tan complejo y mutable como el tecnológico, y más allá de posibles campañas informativas por parte de las administraciones sobre los derechos ahora reconocidos, resulta crucial *exhortar a las administraciones públicas a que incrementen el ejercicio de sus potestades de control y sanción* en este ámbito. Iniciativas como las emprendidas por la Comisión Europea y las autoridades nacionales

[285] O, como lo explica el considerando 19 de la Directiva 2011/83, "conviene que la Comisión estudie la necesidad de una mayor armonización de las disposiciones de aplicación respecto del contenido digital y, en caso necesario, presente una propuesta legislativa sobre este tema".

para verificar el cumplimiento de la normativa de consumo en relación con los contenidos digitales en 2012 o en el ámbito de las llamadas adquisiciones desde la aplicación (*in-apps purchases)* en 2013 y 2014 han demostrado su eficacia y hacen buena la máxima de que más valen menos normas a cambio de más control en la aplicación de las ya existentes.

En la medida en que puedan ser oportunas para esclarecer algunos aspectos confusos de la nueva normativa o necesitados de revisión, cabe destacar sin ánimo exhaustivo las siguientes ***conclusiones***:

1. Como consecuencia de la transposición de la Directiva 2011/83 (y, en concreto, de su considerando 19), en lo relativo a las normas transpuestas (no a otras del TR-LGDCU ni de otras normas), los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material *no han de calificarse ni como compraventa ni como contrato de servicios*; tampoco, en concreto, los contratos sobre contenidos digitales con soporte material deberían calificarse siempre y en todo caso como compraventa.

2. El concepto legal de "soporte duradero" (art. 59bis 1.f TR-LGCU) no sirve para definir el "*soporte material*" en que se suministran algunos contenidos digitales, pues falta identidad de razón. Éste carece de definición legal.

3. El consumidor debe recibir la *misma protección* establecida por las nuevas normas *tanto en contratos onerosos como en contratos gratuitos* sobre contenidos digitales. Además, en muchos de estos contratos, la *aparente gratuidad no existe*, pues la contraprestación del consumidor no estriba en dinero, sino cesión de datos personales o en determinadas obligaciones de hacer.

4. *El art. 59 bis 2 TR-LGDCU debe reformarse para evitar interpretaciones erróneas* sobre los preceptos a los que alcanza la definición estricta de "bienes" que incorpora. Mientras tanto, 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 del contrato) o el art. 60 TR-LGDCU.

5. 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.

6. Los requisitos de información precontractual sobre *funcionalidad e interoperabilidad rigen para cualquier fórmula contractual* mediante la que se acceda al contenido digital. A estos contratos se aplican no sólo esas dos

informaciones específicas, sino el *resto de requisitos informativos de los arts. 60.2 y 97.1* TR-LGDCU (características principales, precio, etc.). Es preciso corregir el desliz cometido en la remisión operada por el art. 60.3 TR-LGDCU.

7. Por aplicación del TR-LPI (en particular, del art. 161), *la amplitud del límite de "copia para uso privado" puede verse restringido (al menos a una copia), pero no eliminado*, con base legal, mediante MTPs en relación con contenidos digitales suministrados con soporte material y amparados por dicho límite –que no alcanza a los programas de ordenador ni las bases de datos electrónicas–; *pero la norma sí permite privar por completo del disfrute de ese límite* mediante medidas tecnológicas de protección y previsiones contractuales *respecto a contenidos digitales suministrados on line, sin soporte material*, aunque existen dudas acerca de si han de entenderse comprendidos ahí todos los contenidos digitales licenciados en línea o tan sólo los servicios interactivos a la carta. En cualquier caso, el suministrador de contenidos digitales tiene *obligación de informar sobre el contorno de este límite* como uno de los factores incluidos en la funcionalidad del contenido digital.

8. Los nuevos deberes informativos *obligan no sólo al proveedor y al prestador del servicio, sino también al productor* del contenido digital, cada uno en la medida de su responsabilidad y en función de las consecuencias legales que haya de producir la omisión de la información. Este será el entendimiento más cabal del término "empresario" que emplean los arts. 60 y 97 TR-LGDCU. El *elenco de consecuencias por el incumplimiento de los deberes de información* está desperdigado por el TR-LGDCU y otras normas (integración contractual, prácticas desleales engañosas, exoneraciones de pago al consumidor en algunos casos, faltas de conformidad, responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, indemnizaciones, vicios de la voluntad y sanciones administrativas). El legislador ha vuelto a huir de su debida sistematización y precisión.

9. La *forma de suministrar la información* no sólo debe seguir los ya existentes principios de transparencia, proporcionalidad, veracidad y gratuidad, sino que además, esa presentación formal de la información *debería ser organizada, destacada, accesible, tempestiva y comparable*. En este sentido, cabe valorar positivamente la iniciativa de la Comisión Europea que, en la Guía ofrecida por la Dirección de Justicia en junio de 2014, propone un modelo voluntario de iconos estandarizados para facilitar esa información.

10. El diseño legal del *desistimiento* del contrato sobre contenidos digitales, tanto respecto a los suministrados con soporte material precintado como sin soporte material, parte de la premisa de que *el consumidor carece del derecho a probar*

(acceder a) el contenido digital antes de desistir, pues tampoco tendría ese derecho en un establecimiento comercial físico.

11. La *novedosa sanción* de permitir el *desistimiento sin coste alguno* para el consumidor de contenidos digitales suministrados sin soporte material debería entenderse operativa tanto si el suministrador no recabó la manifestación de *voluntad* expresa a que se inicie la ejecución contractual, como si no recabó la declaración de *ciencia o conocimiento* del consumidor sobre las consecuencias legales aparejadas a ese consentimiento (pérdida del derecho a desistir), como si, finalmente, el suministrador no dio la *confirmación* formal de la recepción de ambas manifestaciones. *Cualquiera de las tres causas ocasiona que el consumidor pueda desistir* pese a haber comenzado la ejecución contractual, sin afrontar coste alguno por ello.

12. El *legislador* (europeo primero y nacional después) debería *reconsiderar y aclarar las inciertas soluciones* del régimen aprobado en punto a la excepción al desistimiento en caso de *servicios* de contenidos digitales que no hayan sido completamente ejecutados, o en relación con el tipo de contenidos digitales *on line* (todos o sólo los interactivos a la carta) sobre los que pueden primar las medidas tecnológicas de protección frente a los límites a la propiedad intelectual. Asimismo, el legislador debería realizar una muy meditada y cuidadosa *ponderación de intereses* entre los propios de la industria digital, de los titulares de la propiedad intelectual y de los consumidores, así como proceder a una coetánea coordinación legislativa, de cara a las inminentes reformas tanto del régimen de la propiedad intelectual como de los derechos de los consumidores digitales (vía CESL y otras iniciativas).