

CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES (DIRECTIVA 2019/771) Y SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES (DIRECTIVA 2019/770) – ÁMBITO DE APLICACIÓN Y GRADO DE ARMONIZACIÓN

SALE OF GOODS (DIRECTIVE 2019/771) AND SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES (DIRECTIVE 2019/770) – SCOPE AND DEGREE OF HARMONISATION

JORGE MORAIS CARVALHO

Profesor de la NOVA School of Law. Investigador del CEDIS (Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade). Director del NOVA Consumer Lab y del NOVA Law & Tech

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5230>

Resumen: La Directiva 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea en mayo de 2019, representan un hito muy importante en el Derecho contractual europeo en materia de consumo. En el presente texto se analiza el ámbito de aplicación de estos dos instrumentos jurídicos y se destaca el margen de arbitrio que tienen los Estados miembros, señalando los aspectos en los que habrá que modificar el Derecho nacional, en algunos casos reduciendo el nivel de protección de los consumidores.

Palabras clave: consumidor, compraventa de bienes, contenido digital servicio digital, Directiva 2019/770, Directiva 2019/771.

Abstract: Directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services and Directive 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, published in the Official Journal of the European Union in May 2019, represent a very important milestone in European consumer contract law. Throughout this text, an analysis is carried out of the scope of application of these two legal instruments, highlighting the margin of discretion that Member States have and pointing out aspects where national law will have to be modified, in some cases by reducing the level of consumer protection.

Keywords: consumer, sales contract, digital content, digital services, Directive 2019/770, Directive 2019/771.

Sumario: I. Introducción. II. Nivel de armonización. III. Ámbito de aplicación. 1. Ámbito subjetivo de aplicación. 2. Ámbito objetivo de aplicación. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a de-

terminados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el 22 de mayo de 2019¹.

2. Las dos Directivas son complementarias² y en ningún caso, como se verá, coinciden en su ámbito de aplicación objetivo.

3. Los asuntos tratados son esencialmente los mismos: conformidad de los productos o contenidos o servicios digitales con el contrato; medidas correctoras (derechos) en caso de falta de conformidad; modalidades para el ejercicio de estas medidas correctoras.

4. Cabe señalar que la Directiva 2019/771 complementa a la Directiva 2011/83/UE^{3/4}, en particular en lo que se refiere a las normas que rigen los contratos celebrados con los consumidores en general (requisitos de información, entrega, transmisión del riesgo), dando así un paso más hacia un derecho armonizado de compraventa a escala europea. Los requisitos de información de la Directiva 2011/83/UE también se aplican a los contratos cubiertos por la Directiva 2019/770.

5. Dado que las normas de la Directiva 2011/83/UE que regulan la entrega no se aplican a los contratos distintos de los relativos a bienes, la Directiva 2019/770 aborda una cuestión que no está cubierta por la Directiva 2019/771. Se trata del suministro de los contenidos o servicios digitales, es decir, el equivalente a la “entrega” del objeto del contrato. Los Estados miembros son libres en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales⁵, pero ahora tienen que definir un régimen uniforme para el cumplimiento de la obligación principal (“suministro”)⁶.

6. Otra cuestión que sólo aparece en la Directiva 2019/770 es la de las modificaciones del contrato en el caso de un contrato duradero, sea de ejecución continuada o de ejecución periódica (artículo 19).

7. Por el contrario, sólo la Directiva 2019/771 trata la cuestión de las garantías comerciales (artículo 17).

8. Las Directivas deben transponerse al Derecho nacional antes del 1 de julio de 2021 y la fecha de entrada en vigor de las normas de transposición debe ser el 1 de enero de 2022. Se prevé de esta forma un período mínimo de seis meses de *vacatio legis*.

9. Por lo que se refiere a la aplicación de la ley en el tiempo, las normas de transposición de la Directiva 2019/771 sólo deben aplicarse a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de dicha Directiva⁷. Por otra parte, la Directiva 2019/770 debe aplicarse “a los contratos de duración deter-

¹ Vid. J. MORAIS CARVALHO, “New Developments in EU Consumer Contract Law”, en *PoLaR – Portuguese Law Review*, Vol. 3, nº 1, 2019, pp. 11-17; K. NEMETH y J. MORAIS CARVALHO, “Current Challenges for Consumer Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 3, 2019, pp. 119-121; J. MORAIS CARVALHO, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, 2019, pp. 194-201; J. MORAIS CARVALHO, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, en *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 20, nº 3, 2019, pp. 194-201, disponible en https://cije.up.pt/client/files/000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf.

² Considerandos 13 de la Directiva 2019/771 y 20 de la Directiva 2019/770.

³ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Considerando 11.

⁵ Considerando 12 de la Directiva 2019/770. En defensa de la necesidad de una nueva categoría de bienes digitales, vid. J. A. CASTILLO PARRILLA, *Bienes Digitales: Una Necesidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 259.

⁶ K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, en *European Review of Contract Law*, vol. 15, 3, 2019, pp. 276 y siguientes.

⁷ Considerando 66.

minada o indefinida que se hayan celebrado antes de la fecha de aplicación y que prevean el suministro de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo, ya sea de forma continua, ya sea a través de una serie de actos individuales de suministro, pero solo en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales suministrados a partir de la fecha de aplicación de las medidas nacionales de transposición”, con excepción de las normas relativas a la modificación de los contenidos o servicios digitales y al derecho de repetición, que sólo se aplicarán a los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicho acto⁸.

II. Nivel de armonización

10. Las dos directivas son de armonización máxima, salvo disposición en contrario. Esto es lo que se desprende del artículo 4 de ambas directivas.

11. El general de las directivas que han sido aprobadas en materia de derecho del consumo tiene por objetivo, por un lado, la protección del consumidor y, por otro, el desarrollo del mercado interno, mediante la armonización de normas, facilitando los intercambios comerciales entre los Estados miembros⁹. El objetivo de armonizar las normas nacionales no es, sin embargo, totalmente alcanzado con la adopción de directivas de armonización mínima, una vez que estas permiten que los Estados adopten o mantengan normas más protectoras de los consumidores. Debe notarse que, así, los derechos de los consumidores están más protegidos, una vez que no se impone a los Estados miembros una disminución del nivel de protección¹⁰. En lo que respecta a las directivas de armonización máxima, las diferencias entre los regímenes en los diversos Estados miembros son menos significativas¹¹, pero las posibilidades de mejorar la posición del consumidor disminuyen. Puede, así, decirse que las directivas de armonización mínima son más protectoras de los consumidores y que las directivas de armonización máxima están más tendientes hacia el mercado común y la inexistencia de barreras a los intercambios comerciales entre los Estados miembros¹². Si en un principio se optó por adoptar directivas de armonización mínima (véase, por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva 94/47/CE, el artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 8-2 de la Directiva 1999/44/CE), fundamentalmente a partir de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, este enfoque se ha invertido. Por consiguiente, estas dos nuevas directivas surgen en un contexto de adopción de directivas de armonización máxima.

12. Debido a que anteriormente estaba cubierta por una directiva de armonización mínima (Directiva 1999/44/CE), la Directiva 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva 2019/770. Parece ser más una cuestión de conveniencia política relacionada con esta circunstancia que una diferencia resultante de la naturaleza de los contratos en juego.

13. Las dos directivas se aplican, naturalmente, dentro de su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, y la armonización máxima abarca precisamente ese ámbito. Por consiguiente, los Estados miembros no pueden restringir el ámbito de aplicación de las directivas. No obstante, pueden ampliar libremente el ámbito de aplicación de los regímenes sustantivos de que se trate¹³. Esto incluye el caso

⁸ Considerando 83.

⁹ K. MORTELMANS, “Harmonization Minimale et Droit de la Consommation”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n.º 1, 1988, pp. 3 y siguientes.

¹⁰ En este sentido, *vid.* S. WEATHERILL y P. BEAUMONT, *EU Law – The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3.ª ed., Penguin Books, London, 1999, p. 1037.

¹¹ Como los actos normativos europeos no cubren todas las materias, argumenta J. STUYCK, “Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law”, en *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 284, que todas las directivas tienen un efecto de armonización mínima.

¹² J. MORAIS CARVALHO, “La Protección de los Consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?”, en *Criterio Jurídico – Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Cali*, Vol. 6, 2006, pp. 243 y siguientes.

¹³ Considerandos 21 de la Directiva 2019/771 y 16 de la Directiva 2019/770.

de los contratos con doble objeto¹⁴ y de los prestadores de plataformas que no son socios contractuales directos del consumidor¹⁵. La Directiva 2019/771 también menciona explícitamente la posibilidad de que su régimen jurídico sea aplicado a los bienes inmuebles¹⁶.

14. Además, los Estados miembros serán libres en lo que se refiere a la legalidad de los bienes, los contenidos digitales o los servicios digitales, el derecho a indemnización por daños y perjuicios, la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, las consecuencias de la terminación del contrato¹⁷, determinados aspectos relativos a la reparación y la sustitución (como el lugar en el que debe tener lugar) y el lugar en el que deben cumplirse las obligaciones del deudor¹⁸.

15. Los Estados miembros también podrán mantener o introducir normas que no sean específicas para los contratos celebrados con consumidores que prevean soluciones concretas para determinados tipos de vicios que no fueran manifiestos en el momento de la celebración del contrato¹⁹ y – en este caso, sólo en los contratos de compraventa – que permitan a los consumidores elegir una medida correctora concreta si la falta de conformidad de los bienes se manifiesta en un plazo no superior a 30 días después de la entrega²⁰.

16. La responsabilidad directa del productor frente al consumidor no está regulada por las directivas y, por lo tanto, puede estar prevista en las legislaciones nacionales²¹.

17. Se mencionan ahora explícitamente los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de las obligaciones o de una parte de ellas hasta que la otra parte cumpla sus propias obligaciones, dejando al mismo tiempo cierto margen de libertad a los Estados miembros²².

18. Los Estados miembros son también libres de establecer plazos más largos para la responsabilidad del empresario que los establecidos en las directivas²³.

19. Los Estados miembros deben establecer un derecho de repetición del empresario contra la persona responsable en la cadena de transacciones. La legislación nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes²⁴.

20. El concepto de conformidad abarca tanto los vicios materiales como los vicios jurídicos, pero los Estados miembros tienen la posibilidad de prever que las restricciones resultantes de la vulneración de derechos de terceros i) dan derecho al consumidor a la reparación de la falta de conformidad o ii) permiten al consumidor alegar la nulidad del contrato o su rescisión²⁵.

¹⁴ Considerandos 22 de la Directiva 2019/771 y 17 de la Directiva 2019/770.

¹⁵ Considerandos 23 de la Directiva 2019/771 y 18 de la Directiva 2019/770.

¹⁶ Considerando 12.

¹⁷ No obstante, ambas directivas contienen algunas normas al respecto: artículos 16 de la Directiva 2019/771 y 16 y 17 de la Directiva 2019/770. Son especialmente pertinentes las normas relativas al destino de los datos facilitados o creados por el consumidor.

¹⁸ Artículos 3-6 y 16-3 y considerandos 18, 56, 60 y 61 de la Directiva 2019/771 y artículo 3-10 y considerandos 12 y 73 de la Directiva 2019/770.

¹⁹ Artículo 3-7 y considerando 18 de la Directiva 2019/771 y considerando 12 de la Directiva 2019/770.

²⁰ Artículo 3-7 y considerando 19 de la Directiva 2019/771.

²¹ Considerandos 18 y 63 de la Directiva 2019/771 y 12 de la Directiva 2019/770. El considerando 13 de la Directiva 2019/770 también menciona la posibilidad de que los Estados miembros regulen las acciones por responsabilidad frente a terceros que no suministren el contenido digital o el servicio digital, como los desarrolladores.

²² Artículo 13-6 y considerando 18 de la Directiva 2019/771 y considerando 15 de la Directiva 2019/770.

²³ Artículo 10 y considerandos 41 y 42 de la Directiva 2019/771 y artículo 11-2 y 3 y considerandos 56 y 58 de la Directiva 2019/770.

²⁴ Artículo 18 y considerando 63 de la Directiva 2019/771 y artículo 20 y considerando 78 de la Directiva 2019/770.

²⁵ Artículo 9 y considerando 35 de la Directiva 2019/771 y artículo 10 y considerando 54 de la Directiva 2019/770.

21. Hay algunos aspectos en los que la libertad sólo se concede a los Estados miembros en virtud de la Directiva 2019/771: determinar si la totalidad del contrato que incluye elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios puede clasificarse como un contrato de compraventa²⁶; imponer obligaciones de información al vendedor en relación con la celebración del contrato o la obligación de advertir al consumidor, por ejemplo, de determinadas características del bien, de la idoneidad de los materiales facilitados por el consumidor o de posibles inconvenientes derivados de solicitudes específicas del consumidor²⁷; relación entre la contribución del consumidor a la falta de conformidad y el derecho a exigir medidas correctoras²⁸; excluir los contratos de compraventa de bienes de segunda mano vendidos en subasta pública y/o de animales vivos²⁹; regular el significado del término “entrega”³⁰; permitir a las partes, en el caso de bienes de segunda mano, convenir términos contractuales con un período de responsabilidad o un plazo de prescripción más breve, siempre que dicho periodo y/o plazo no sea(n) inferior(es) a un año³¹; prever la suspensión o interrupción del período de responsabilidad o del plazo de prescripción³²; fijar el plazo de la presunción de preexistencia de la falta de conformidad en dos años a partir de la fecha de entrega de los bienes (en lugar de un año)³³; prever una obligación de informar al vendedor de la falta de conformidad (en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha de su detección por el consumidor)³⁴; regular las condiciones en las que otra persona (el consumidor o un tercero) puede realizar el cumplimiento que incumbe al vendedor a costa de este (por ejemplo reparando el bien)³⁵; establecer plazos fijos razonables para la reparación o sustitución de los bienes³⁶; establecer normas sobre los aspectos relativos a las garantías comerciales, tales como su gratuidad o el idioma o idiomas en que se ponen a disposición del consumidor³⁷.

22. Aunque en menor medida, existen aspectos específicos de la Directiva 2019/770 que justifican que la libertad concedida a los Estados miembros se limite a ella (y no se extienda a la Directiva 2019/771): naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos digitales o de servicios digitales³⁸; consecuencias de un incumplimiento del suministro o de una falta de conformidad en caso de fuerza mayor³⁹; aplicación del régimen jurídico a situaciones i) en las que el empresario sólo recaba metadatos, como información sobre el dispositivo o el historial de navegación del consumidor, y/o ii) en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, está expuesto a publicidad exclusivamente para acceder a contenidos o servicios digitales⁴⁰; regulación de los aspectos relativos a los contratos vinculados o accesorios⁴¹; consecuencias para el contrato si el consumidor retira el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales⁴²; requisitos establecidos en un acuerdo de nivel de servicio⁴³.

23. Como puede deducirse de la lista exhaustiva antes mencionada, los Estados miembros conservan una libertad considerable, en particular en el contexto del contrato de compraventa de bienes de consumo.

²⁶ Considerando 17 de la Directiva 2019/771.

²⁷ Considerando 20 de la Directiva 2019/771.

²⁸ Artículo 13-7 de la Directiva 2019/771.

²⁹ Artículo 3-5 de la Directiva 2019/771.

³⁰ Considerando 38 de la Directiva 2019/771.

³¹ Artículo 10-6 y considerando 43 de la Directiva 2019/771.

³² Considerando 44 de la Directiva 2019/771.

³³ Artículo 11-2 y considerando 45 de la Directiva 2019/771.

³⁴ Artículo 12 y considerando 46 de la Directiva 2019/771.

³⁵ Considerando 54 de la Directiva 2019/771.

³⁶ Considerando 55 de la Directiva 2019/771.

³⁷ Artículo 17-4 y considerando 62 de la Directiva 2019/771.

³⁸ Considerando 12 de la Directiva 2019/770.

³⁹ Considerando 14 de la Directiva 2019/770.

⁴⁰ Considerando 25 de la Directiva 2019/770.

⁴¹ Artículo 3-6 y considerando 34 de la Directiva 2019/770.

⁴² Considerando 40 de la Directiva 2019/770.

⁴³ Considerando 42 de la Directiva 2019/770.

III. Ámbito de aplicación

1. Ámbito subjetivo de aplicación

A) Concepto de consumidor

24. Los dos regímenes jurídicos tienen por objeto proteger al consumidor, entendido como “toda persona física que (...) actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”⁴⁴.

25. Los Estados miembros podrán ampliar la protección ofrecida a otras personas que no estén cualificadas como consumidores. Esto se puede hacer de tres maneras: i) ampliación del concepto de consumidor, incluyendo también a las personas jurídicas y/o a las personas físicas que actúen con fines profesionales; ii) aplicación general de las normas de las directivas con independencia de la naturaleza del comprador de bienes o de los contenidos o servicios digitales; iii) ampliación de la protección a otra categoría de personas, como, por ejemplo, las pymes⁴⁵. Se trata de una decisión de cada Estado miembro.

B) Actos mixtos

26. En el caso de contrato con doble finalidad, es importante señalar un cambio relevante en la orientación de la legislación europea, que restringe el alcance de la armonización máxima mediante una restricción del concepto de consumidor. Así, en el Derecho de la Unión Europea, la cuestión se planteó, hasta la adopción de estas directivas, de diferentes maneras en los ámbitos procesales (tribunal competente), por una parte, y de los regímenes materiales de derecho del consumo, por otra⁴⁶. En el primer caso, el concepto de consumidor se ha interpretado de forma restrictiva y la norma de protección (que permite al consumidor, en términos generales, demandar y ser demandado ante los tribunales de su domicilio) no se aplica en caso de doble finalidad, “salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional”⁴⁷. En los regímenes de derecho sustantivo en materia de consumo, podía decirse hasta ahora que el criterio del uso predominante era el criterio adoptado a nivel europeo. Por ejemplo, el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores establece que “en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial *es tan limitado que no predomina* en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor” (subrayado añadido). Por lo tanto, destaca el uso predominante.

27. En los considerandos de las Directivas que estamos analizando⁴⁸, que deben incluirse en la categoría de los regímenes sustantivos de derecho del consumo, se afirma que “los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones”. Si los Estados miembros son libres de determinar “si dicha persona debe ser considerada

⁴⁴ Artículos 2-2) de la Directiva 2019/771 y 2-6) de la Directiva 2019/770.

⁴⁵ Los considerandos 21 de la Directiva 2019/771 y 16 de la Directiva 2019/770 se refieren expresamente a la posibilidad de ampliar la protección de los consumidores a las organizaciones no gubernamentales, las empresas emergentes o las pymes.

⁴⁶ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 33 y 34.

⁴⁷ STJUE 20 enero 2005 (*Gruber*, C464/01), considerando 39. G. HOWELLS, “The Scope of European Consumer Law” en *European Review of Contract Law*, 3, 2005, p. 362, señala que esta interpretación restrictiva se limita lógicamente al ámbito de la jurisdicción. Esta solución fue confirmada por el TJUE en las Sentencias *Schrems* (C-498/16) y *Milivojević* (C-630/17).

⁴⁸ Considerandos 22 de la Directiva 2019/771 y 17 de la Directiva 2019/770.

un consumidor y en qué condiciones”, esto significa que las Directivas no la califican necesariamente como tal, es decir, contrariamente a las orientaciones anteriores de los regímenes sustantivos de derecho en materia de consumo, es posible que haya Estados miembros que no consideren a esa persona como un consumidor. Por supuesto, los Estados miembros son libres de calificar a esta persona como consumidor, al igual que pueden hacerlo para las personas jurídicas o las empresas. Esta restricción del concepto de consumidor nos parece criticable⁴⁹, ya que puede dar lugar a discrepancias a escala europea y, al mismo tiempo, socavar el mercado interior y la protección efectiva del consumidor.

C) Concepto de empresario

28. El concepto de empresario⁵⁰, denominado vendedor en la Directiva 2019/771⁵¹, no presenta ninguna novedad significativa en comparación con la legislación europea anterior.

29. Sin embargo, hay una cuestión interesante, abordada en los considerandos 23 de la Directiva 2019/771 y 18 de la Directiva 2019/770, que se refiere al papel del prestador de las plataformas digitales, que naturalmente será considerado un profesional si actúa “en calidad de socio contractual directo del consumidor”. Cuando no actúe “en calidad de socio contractual directo del consumidor”, es decir, cuando no sea parte del contrato principal, los Estados miembros son libres de calificar también el prestador de la plataforma como empresario⁵², considerándolo responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido digital o servicio digital.

2. Ámbito objetivo de aplicación

A) Ámbito de ambas Directivas

30. La Directiva 2019/771 se aplica a los contratos de compraventa (artículo 3-1) y a los contratos “de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse” (artículo 3-2)⁵³. Sólo están cubiertos los contratos por los que “el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”⁵⁴. No se aplica a los contratos cubiertos por la Directiva 2019/770⁵⁵.

31. La Directiva 2019/771 también se aplica plenamente a los denominados “bienes con elementos digitales”, incluyendo en su ámbito de aplicación “contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, (...) y que se suministren con los bienes con

⁴⁹ C. CAUFFMAN, “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, 4, 2019, p. 479, considera que la solución es problemática, mientras que K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, cit., p. 262, argumentan que puede ser confusa para los profesionales.

⁵⁰ Artículo 2-5) de la Directiva 2019/770.

⁵¹ Artículo 2-3).

⁵² C. CAUFFMAN, “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, cit., p. 473; K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, cit., p. 261.

⁵³ Según G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER y T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2018, p. 172, este ámbito “parece indebidamente restrictivo”. Según el considerando 17, “cuando un contrato incluya elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva”. Contrariamente a lo que parece resultar de la Sentencia *Scottelius* (C-247/16), la aplicación del régimen jurídico no tiene que hacerse necesariamente en su conjunto, sino que puede aplicarse sólo a una parte del contrato.

⁵⁴ Artículo 2-1).

⁵⁵ Se debatió la aplicación de la Directiva 1999/44/CE a los contenidos digitales. Argumentando que las características del soporte no son relevantes y que el régimen es aplicable independientemente de la existencia de un soporte material, véase M. TENREIRO y S. GÓMEZ, “La Directive 1999/44/CE”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 5, 2000, p. 12; R. BRADGATE y C. TWIGG-FLESNER, *Blackstone’s Guide to Consumer Sales and Associated Guarantees*, Oxford University Press, 2003, p. 30.

arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero” (artículo 3-3). La referencia a estos bienes se incluyó sólo en la versión final de la Directiva y es una de las principales novedades de la legislación. La realidad subyacente (contenidos y servicios digitales) no es nueva, siendo nueva su calificación como tal y las especificidades del régimen jurídico aplicable. La definición de bienes del artículo 2-5)-b) parece restringir el concepto de “bienes con elementos digitales” añadiendo el requisito de que la incorporación o interconexión se haga en “modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones”. En realidad, se trata fundamentalmente de una cuestión de interpretación del contenido del contrato, es decir, de analizar el problema en base a criterios subjetivos (vinculados a las declaraciones de las partes) y objetivos (vinculados a las expectativas razonables de las partes). Esto es lo que se desprende, además, del considerando 15 (“depende del contenido de dicho contrato”; “porque estos normalmente están incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede esperar razonablemente que lo estén”). Tomemos el ejemplo que aparece en ese considerando: “sí, por ejemplo, la publicidad de un televisor inteligente indicase que incluye una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formaría parte del contrato de compraventa”. En este caso, se aplica la Directiva 2019/771 a la aplicación de vídeo aunque su ausencia no impida que el televisor realice sus funciones.

32. La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales (artículo 3-1).

33. La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos relativos a un soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales (artículo 3-3). Este es el caso, por ejemplo, de un CD de música. En este caso, las normas de la Directiva relativas al suministro de contenidos o servicios digitales (artículos 5 y 13) no son aplicables, aplicándose las normas de la Directiva 2011/83/UE que regulan la entrega y la transferencia del riesgo.

34. Como se ha mencionado anteriormente, los Estados miembros pueden ampliar la protección que ofrecen estos regímenes a otros contratos. Así, por ejemplo, el régimen de la Directiva 2019/771 puede aplicarse a los contratos de arrendamiento financiero y el régimen de la Directiva 2019/770 puede ampliarse a otros contratos relativos a servicios.

35. También es posible adoptar un régimen jurídico único para los bienes, servicios o derechos proporcionados a los consumidores, siempre que este régimen único integre las especificidades contenidas en los dos actos legislativos objeto de análisis.

B) Datos como contraprestación

36. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 3-1 de la Directiva 2019/770, para la aplicación del régimen, debe existir una contraprestación, pero dicha contraprestación no tiene que ser en dinero⁵⁶, sino que puede resultar de la facilitación de datos personales. Aunque se ha evitado la referencia a una “contraprestación”, a diferencia de las versiones anteriores de la directiva, utilizándose una terminología más neutral, el hecho es que los datos personales pueden considerarse en estos casos como una contraprestación. Se trata de uno de los principales retos del derecho contractual en general y del derecho de los consumidores en particular en los próximos años⁵⁷.

⁵⁶ El concepto de precio es amplio e incluye representaciones digitales de valor, como vales o cupones electrónicos, y monedas virtuales (considerando 23 de la Directiva 2019/770). Aunque no exista una norma expresa, esta conclusión debe aplicarse también a la Directiva 2019/771.

⁵⁷ C. LANGHANKE y M. SCHMIDT-KESSEL, “Consumer Data as Consideration”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2015, p. 218; A. DE FRANCESCHI, “European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives” en A. DE FRANCESCHI (ed), *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, 2016, p. 8; A. DE FRANCESCHI, “The Changing Shape of EU Private Law in Response to Digital Innovation”, en P. CASTAÑOS CASTRO, J.A. CASTILLO PARRILLA et al (eds), *El Mercado Digital en la Unión Europea*, Reus Editorial, 2019, p. 73.

37. Una de las principales cuestiones planteadas por la Directiva 2019/770 es precisamente la facilitación de datos personales como contraprestación en los contratos de consumo, y pueden identificarse las siguientes tres críticas principales: (i) la compatibilidad de este régimen con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD); (ii) la circunstancia de que puede verse afectada la naturaleza de derecho fundamental de la protección de datos; (iii) la legitimidad de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección de datos⁵⁸. Esta idea es especialmente visible en el Dictamen 4/2017 del Supervisor Europeo de Protección de Datos⁵⁹. En este dictamen se plantean muchas dudas sobre el uso de la noción de contraprestación en relación con los datos. Crítica la comparación de los datos con el dinero, llamando la atención sobre la falta de conocimiento por parte del consumidor de lo que está entregando al proporcionar sus datos y sobre la dificultad de evaluarlos.

38. Aunque entendemos estos puntos de crítica, creemos que el objetivo de lograr un mejor equilibrio en las relaciones entre empresarios y consumidores requiere la aplicación de normas de protección del consumidor, independientemente de que se pague o no un precio⁶⁰. La solución de aplicar las disposiciones del contrato a título gratuito, normalmente menos protectoras del adquirente de bienes y servicios, a estos contratos no es satisfactoria⁶¹. Hay una contraprestación y esta contraprestación tiene tal valor que, como mínimo, equilibra los beneficios de las partes. En algunos casos puede incluso desequilibrarlos, con respecto al sujeto de los datos, dada la relevancia de los datos proporcionados. Así, por ejemplo, entre la donación y la compraventa, debemos aplicar el régimen jurídico de la compraventa en estos casos.

39. Esto se entiende sin perjuicio de la necesaria compatibilidad de los derechos contractuales de los consumidores con los derivados del carácter fundamental de la protección de datos como derecho⁶² y de la plena aplicación de los principios y normas del RGPD, por lo que el fundamento jurídico para el tratamiento de datos debe ser uno de los previstos en el artículo 6-1 del RGPD⁶³. La(s) base(s) legal(es) debe(n) ser indicada(s) por el responsable del tratamiento, de conformidad con el artículo 13-1-c). También hay que añadir que el derecho del consumidor propietario de los datos a retirar su consentimiento al tratamiento de los datos o a su supresión nunca podrá cuestionarse ni dificultarse⁶⁴.

40. La Directiva 2019/770 no se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor son tratados exclusivamente por el empresario para suministrar el contenido o servicio digital de conformidad con la Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y no trate esos datos para ningún otro fin. El considerando 25 da el ejemplo de una situación en la que la legislación aplicable exige el registro del consumidor por motivos de seguridad e identificación.

41. Cuando el comerciante sólo recoge metadatos, como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, es necesario analizar la naturaleza jurídica de la relación entre las partes en relación con cada legislación nacional. Si se considera un contrato, debe aplicarse la Directiva 2019/770. Los Estados miembros también son libres de aplicar la Directiva cuando el consumidor,

⁵⁸ L. DRECHSLER, "Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?", 2018, disponible en https://cris.vub.be/files/36462976/IRIS2017_DRAFT_Drechsler_V3.pdf. Véase también A. DE FRANCESCHI, *La Circolazione dei Dati Personali tra Privacy e Contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

⁵⁹ Disponible en <https://bit.ly/2pBrdLR>.

⁶⁰ M. NARCISO, "«Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law", en *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2017, p. 198.

⁶¹ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 60.

⁶² L. DRECHSLER, "Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?", cit., p. 9.

⁶³ R. MAŃKO y S. MONTELEONE, "Contracts for the Supply of Digital Content and Personal Data Protection", 2017, disponible en <http://bit.ly/2URMM9W>, p. 5; S. CÁMARA LAPUENTE, "Extinción de los Contratos sobre Contenidos y Servicios Digitales y Disponibilidad de los Datos: Supresión, Recuperación y Portabilidad", en P. CASTAÑOS CASTRO, J.A. CASTILLO PARRILLA *et al* (eds), *El Mercado Digital en la Unión Europea*, cit., p. 163. *Vid.* también el considerando 37 de la Directiva 2019/770.

⁶⁴ K. PORMEISTER, "Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of «23andMe»", en *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2017, p. 20.

sin haber celebrado un contrato con el comerciante, esté expuesto a la publicidad exclusivamente para acceder a un contenido o servicio digital.

C) Ejemplos

42. Se analiza ahora el ámbito objetivo de aplicación a partir de algunos ejemplos.

43. El consumidor A compra un suéter a Zara. La Directiva 2019/771 se aplica al contrato de compraventa [artículos 2-5-a) y 3-1], independientemente de que el contrato se celebre en persona o a distancia.

44. El consumidor B compra un coche en un stand, con una aplicación de navegación GPS instalada⁶⁵. Esta situación está totalmente cubierta por la Directiva 2019/771. En cuanto al coche, el análisis realizado en relación con el suéter es válido. En cuanto a la aplicación de navegación GPS, el artículo 3-3 de la Directiva 2019/771 establece que la ley “se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes”, como la aplicación de navegación GPS instalada en el coche. Por lo tanto, el coche se considera un bien con elementos digitales [véase el artículo 2-5)-b)]. Cabe señalar, en el mismo sentido, que el artículo 3-4 de la Directiva 2019/770 establece que la Directiva no es aplicable en estos casos.

45. El consumidor C compra un coche en un stand, con una aplicación de navegación GPS instalada, y el vendedor se compromete a realizar actualizaciones de software durante un determinado periodo. En comparación con la situación anterior, en este caso, además del contenido digital (aplicación de navegación GPS), el contrato también incluye un servicio digital (la actualización del software). La Directiva 2019/771 también se aplica en este caso, ya que se trata de un servicio digital incorporado en un bien objeto de un contrato de compraventa.

46. El consumidor D compra un coche en un stand, sin ninguna aplicación de navegación GPS instalada, y luego va a Internet y “compra” la última versión de una aplicación de navegación GPS a una empresa. Contrariamente a lo que ocurre en casos anteriores, en este caso tenemos que distinguir el contrato de compraventa del coche, al que se aplica la Directiva 2019/771, y el contrato de suministro de la aplicación de navegación GPS (servicio digital), que no está incorporado al coche o interconectado con ello y, por tanto, no está cubierto por dicha ley. En este caso, la Directiva 2019/770 [artículos 2-1) y 3-1] se aplica al contrato de suministro de la aplicación de navegación GPS.

47. El consumidor E adquiere la música Calma, de Pedro Capó, en iTunes. Se trata también de un contrato de suministro de contenidos digitales y se aplica la Directiva 2019/770. La conclusión sería la misma si el consumidor hubiera comprado un CD, es decir, un objeto tangible, con esta música. En efecto, la Directiva se aplica “a todo soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales” (artículo 3-3).

48. El consumidor F celebra un contrato con Netflix que le permite acceder al contenido puesto a su disposición por esta empresa. El objeto de este contrato es un servicio digital, a través del cual el consumidor puede acceder a los datos en formato digital [artículo 2-2)-a)], por lo que se aplica la Directiva 2019/770/CEE (artículo 3-1).

49. El consumidor G celebra un contrato con la empresa que gestiona el Financial Times, en virtud del cual ésta envía diariamente al consumidor la versión digital del periódico por correo electrónico. Se trata de un contenido digital [artículo 2-1)], aplicándose la Directiva 2019/770 (artículo 3-1).

⁶⁵ En general, sobre los diferentes modelos y problemas que plantean los coches conectados a un sistema de navegación, *vid.* PIIA KALAMEES y KARIN SEIN, “Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?” en *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2019.

IV. Conclusión

50. Las Directivas 2019/770 y 2019/771 representan un reto importante para el Derecho de los consumidores a escala europea. Se están armonizando cada vez más ámbitos de la legislación, acercándose más a la regulación global de los contratos de consumo a escala de la Unión Europea.

51. Aunque la Directiva 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva 2019/770, las similitudes entre las dos Directivas son claramente más significativas que las diferencias.

52. En cuanto a la venta de bienes de consumo, uno de los principales efectos de la Directiva 2019/771 será la reducción del nivel de protección de los consumidores en muchos Estados miembros.

53. La Directiva 2019/770 es innovadora en la medida en que los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no estaban regulados por la legislación de la Unión Europea. Plantea importantes desafíos, en particular en lo que se refiere a los datos. La calificación y la categorización de estos contratos también siguen sin resolverse.

54. Los próximos años serán muy interesantes para el derecho del consumo, ya que se esperan cambios importantes en la legislación de los Estados miembros.