

LA CONFORMIDAD OBJETIVA EN LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: ESTÁNDARES LEGALES Y GARANTÍAS DEL CONSUMIDOR

Álvaro Bueno Biot

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Valencia

TITLE: *Objective conformity in digital content and digital services: legal standards and consumer guarantees*

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan los requisitos objetivos de conformidad de los contenidos y servicios digitales establecidos en la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU. La normativa de consumo busca asegurar que los contenidos y servicios digitales cumplan con determinadas normas que se basan en las expectativas que un consumidor puede razonablemente esperar en términos de calidad, seguridad, funcionalidad o compatibilidad, entre otros. De esta forma, se trata de establecer unos criterios objetivos para valorar la conformidad de este tipo de productos y, por tanto, ofrecer una mayor protección al consumidor frente a posibles incumplimientos del proveedor o suministrador del contenido o servicio digital.

ABSTRACT: This paper analyses the objective conformity requirements for digital content and services set out in Directive 2019/770 and the TRLGDCU. Consumer regulation seeks to ensure that digital content and services comply with certain standards based on the expectations that a consumer can reasonably expect in terms of quality, security, functionality or compatibility, among others. In this way, the aim is to establish objective criteria for assessing the conformity of this type of product and, therefore, to offer consumers greater protection against possible breaches by the supplier or provider of the digital content or service.

PALABRAS CLAVE: Requisitos objetivos, falta de conformidad, protección del consumidor, calidad, seguridad, compatibilidad, accesibilidad, funcionalidad, Directiva 2019/770, TRLGDCU.

KEY WORDS: Objective requirements, lack of conformity, consumer protection, quality, security, compatibility, accessibility, functionality, Directive 2019/770, TRLGDCU.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD. 2.1. *Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo.* 2.2. *Ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital.* 2.3. *Presentar las cualidades y características de funcionamiento que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar.* 2.3.1. La calidad. 2.3.2. La funcionalidad y compatibilidad. 2.3.3. La accesibilidad. 2.3.4. La continuidad. 2.3.5. La seguridad. 2.3.6. La declaración pública realizada por el empresario. 2.3.7. Excepciones a la responsabilidad del empresario por las declaraciones públicas. 2.4. *El suministro junto con accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir.* 3. LA OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PROPORCIONAR LAS ACTUALIZACIONES NECESARIAS PARA MANTENER LA CONFORMIDAD. 3.1. *Período durante el cual deben suministrarse las actualizaciones.* 3.2. *Supuestos de exención de responsabilidad del empresario por falta de actualización.* 4. LA DECLARACIÓN DEL EMPRESARIO DESTINADA A APARTARSE DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE CONFORMIDAD. 4.1. *Condiciones para establecer la excepción a los requisitos objetivos de conformidad.* 4.2. *En especial, la exclusión de la seguridad como requisito objetivo.* 4.3. *Sobre la posible abusividad de la cláusula a través*

de la cual el empresario se aparta de los requisitos objetivos de conformidad. 4.4. Los límites que deben operar para que la exclusión sea efectiva. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El aumento del consumo de contenidos y servicios digitales cada vez es más evidente. Los consumidores y usuarios han ido incorporando progresivamente herramientas y servicios digitales a su vida cotidiana, no solo en áreas como el entretenimiento, sino también en ámbitos como la educación, la comunicación y el comercio. Es suficiente con mencionar alguna plataforma de transmisión de vídeo en línea como *Netflix* o *Hbo*, servicios de mensajería instantánea como *WhatsApp* o *Telegram*, redes sociales como *Facebook* o *Instagram*, servicios de transmisión de música como *Spotify* o *Amazon Music*, o servicios de almacenamiento en la nube como *Dropbox* o *Google Drive*, para darnos cuenta de que todos hemos sido testigos, de alguna forma u otra, de la explosión en la disponibilidad y accesibilidad a este tipo de contenidos y servicios digitales.

Sin embargo, son muchos los consumidores y usuarios que sufren problemas de calidad y acceso a los contenidos y servicios digitales. De ahí que 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 (en adelante, DCSD)¹ haya pretendido incidir en uno de los aspectos de la protección del consumidor al que con más frecuencia se recurre: que el contenido o servicio digital adquirido responda a unos niveles de calidad y utilidad, así como que cumpla con las expectativas esperables de funcionalidad, compatibilidad o seguridad, entre otras. En la misma línea, también lo ha hecho el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)², que en su Título IV, Libro II, titulado «Garantías y servicios posventa» ha incorporado el régimen jurídico establecido en la DCSD en el que se incluyen normas relativas a la falta de conformidad o incumplimiento, tanto para la compraventa de bienes como para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales³.

¹ ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>.

² ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>.

³ Como señala JUÁREZ TORREJÓN, Á.: «Garantía en la venta de bienes de consumo y servicios posventa», en AA.VV. *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual* (coords. M. J. SANTOS MORÓN y M.^a. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022, p. 114, es esta, sin duda, una posible concreción de los «legítimos intereses económicos» de los consumidores ex artículo 51 CE.

La DCSD ha acogido el parámetro de la conformidad de los bienes y servicios, siguiendo en este punto el término ya consolidado por la Directiva 1999/44/CE⁴, aunque lo ha adecuado a la naturaleza de los contenidos y servicios digitales, por lo que podemos afirmar que es la primera vez que se utiliza este criterio para determinar el cumplimiento por parte del empresario en el suministro de contenidos y servicios digitales, lo que, a nuestro entender, es un acierto del legislador europeo, dado que con ello se logra un régimen uniforme para todos los Estados miembros y, en consecuencia, se reduce la inseguridad jurídica para los empresarios y se aumenta el nivel de protección de los consumidores.

Para valorar si se produce una falta de conformidad, la DCSD y, por ende, el TRLGDCU han establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los contenidos y servicios digitales. Es decir, los contenidos y servicios digitales que el empresario suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación, siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente (art. 115 TRLGDCU)⁵. De esta forma, cuando los contenidos o servicios digitales suministrados al consumidor no sean conformes con el contrato, el empresario habrá incumplido. En cambio, si los contenidos o servicios digitales se ajustan a lo contractualmente establecido, el empresario habrá cumplido siempre y cuando, además, se cumplan los requisitos objetivos⁶.

⁴ A este respecto, GÓMEZ POMAR, F.: «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en AA.VV. *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dirs. F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 501, señala que la Directiva 1999/44 marcó un antes y un después en relación con la conformidad y a los remedios por falta de conformidad, ya que antes de su transposición, tanto nuestro derecho general de contratos como la normativa de consumo desconocían la noción de conformidad y los remedios frente a la falta de conformidad.

⁵ Por lo que refiere a la terminología, cabe destacar que las nociones de requisitos de conformidad «subjetivos» y «objetivos» se utilizan, por primera vez, en la DCSD, ya que, anteriormente, tanto la Directiva 99/44 como el CESL se referían a los actuales requisitos «subjetivos» y «objetivos» como «conformidad con el contrato» y «criterios de conformidad», respectivamente. En tal sentido, CASTILLA BAREA, M.: «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en AA.VV. *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022, p. 101, define la conformidad de los contenidos y servicios digitales contratados por un consumidor como «su plena adecuación a todo cuando este puede razonablemente esperar de ellos, teniendo en cuenta lo pactado en el contrato celebrado y, en su caso, las características materiales, digitales y jurídicas habituales en el mercado para ese tipo de bienes o servicios».

⁶ Esta forma de abordar la cuestión supone un cambio de paradigma si lo comparamos con el régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, *vid.*, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la

Podemos definir los requisitos subjetivos, regulados por los arts. 7 DCSD y 115 bis TRLGDC, como aquellos elementos que resultan directamente de la relación entre el empresario y el consumidor, esto es, aquellos que son establecidos contractualmente. En tal sentido, para que los contenidos y servicios digitales puedan ser conformes con el contrato deberán cumplir con una serie de parámetros subjetivos que se valorarán conforme a lo estipulado en el propio contrato. Sin embargo, debemos ser conscientes de que la idea misma de un contrato acordado entre el empresario y consumidor es, en gran parte, un producto de la imaginación, ya que es el proveedor quien establece de forma unilateral los términos del contrato. Precisamente, puesto que es el proveedor el que redacta el contrato, es posible que relaje estos criterios a su conveniencia. De ahí que exista cierto peligro en que sea demasiado laxo o inconcreto en la determinación de los requisitos, características y funcionalidades que han de poseer los contenidos suministrados⁷. En tal sentido, si bien es cierto que el empresario se ve limitado por algunas normas jurídicas que tratan de proteger a los consumidores, esto no cambia el hecho de que el consumidor apenas tiene influencia alguna sobre los detalles del contrato⁸. Es por ello por lo que, como parte de la doctrina considera⁹, y a cuya opinión nos sumamos, resultan más interesantes los requisitos objetivos de conformidad, los cuales constituyen el objeto de estudio de este trabajo, y que se analizan a continuación.

2. REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD

Los requisitos objetivos de conformidad (arts. 8 DCSD y 115 ter TRLGDCU) son aquellos elementos que forman parte del contrato porque son esperados razonablemente por el consumidor. Esto es, se trata de una serie de situaciones en las que, objetivamente, se debe valorar si se ha cumplido el fin para el que se utilizarían normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo¹⁰. De esta forma, los requisitos objetivos

cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 770, pp. 2929-3002.

⁷ SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4, p. 55.

⁸ TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services», en AA.VV. *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 50-51.

⁹ *Vid.*, en este sentido, GARCÍA GOLDAR, M.: «La seguridad como criterio de conformidad objetivo en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en AA.VV. *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional* (dirs. J.J. HINOJOSA TORALVO, J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, I. CRUZ PADIAL y C. TIRADO ROBLES), Reus, Madrid, 2022, p. 480.

¹⁰ En este sentido, STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», en AA.VV. *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft,

constituyen criterios que las partes deberán respetar al margen del contrato específico que hayan celebrado entre ellas, ya que constituyen criterios de naturaleza legal que reflejan estándares objetivos impuestos por el ordenamiento¹¹. En este sentido, es el ordenamiento, y no el contrato, el que define los criterios objetivos que deben cumplirse¹². Esto significa que si el contenido o servicio digital no cumple los criterios objetivos no será conforme con el contrato, incluso en los casos en los que se cumpla perfectamente con los criterios subjetivos.

En este mismo sentido apunta el Cdo. 45 DCSD, en el cual se afirma que «Para ser conformes y garantizar que los consumidores no se vean privados de sus derechos, por ejemplo, en aquellos casos en que el contrato establezca cláusulas muy poco estrictas, los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva»¹³. De esta forma, los consumidores siempre van a poder basarse en criterios objetivos para determinar la falta de conformidad, junto a los criterios subjetivos cuando estos sean más favorables que los objetivos¹⁴. Así, se

Baden-Baden (Munich), 2020, p. 135, señala que los criterios objetivos de conformidad contienen estándares y expectativas que deben cumplir los contenidos y servicios digitales.

¹¹ LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales», en AA.VV. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1654. En tal sentido, ARROYO AMAYUELAS, E.: «Las nuevas directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en AA.VV. *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022, p. 29, afirma que lo que se pretende es que el empresario observe los criterios establecidos legalmente para evitar que pueda comercializar con una calidad inferior a la que ofrece el mercado sin que el consumidor sea consciente de ello, dado que la información en la que se lo advierte puede quedar difuminada entre las condiciones generales de la contratación.

¹² STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770», en *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 113.

¹³ Como acertadamente indica MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 208., los requisitos subjetivos y objetivos son complementarios y entre los cuales no existe una jerarquización.

¹⁴ Como señala CASTILLA BAREA, M.: «¿Estamos ante un nuevo paradigma...», cit., pp. 110-111, esta es la concepción reformista, en virtud de la cual los requisitos objetivos de conformidad determinan un elenco de características que, en todo caso, deben reunir los contenidos y servicios digitales. Señala la autora que, en consecuencia, estos requisitos objetivos de conformidad vendrían a erigirse en mínimos legales exigibles en todo caso por los consumidores y, por tanto, el papel que se reserva a los requisitos subjetivos sólo puede ser el de elevar las exigencias del adquirente respecto de los estándares irrenunciables a los que apuntarían los requisitos objetivos de conformidad. En un sentido parecido se expresa STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 7 Directiva (UE) 2019/770», en AA.VV. *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 128, quien considera que es posible acordar contractualmente unos requisitos superiores a los requisitos objetivos de conformidad. No obstante, si el acuerdo contractual queda por debajo del punto de referencia de los criterios objetivos de conformidad, entonces será necesario cumplir con lo establecido por estos últimos.

evita la situación en la que el empresario, a través de las condiciones del contrato, establece una calidad inferior que aquella que el consumidor podría razonablemente esperar del contenido o servicio digital en cuestión.

Los requisitos objetivos, al igual que los subjetivos, se han configurado de forma genérica y abstracta para que puedan adaptarse a los distintos tipos de contenidos y servicios digitales¹⁵. Estos requisitos objetivos se pueden agrupar de la siguiente manera.

2.1. Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo

En primer lugar, de acuerdo con el art. 115 ter. 1, letra a) TRLGDCU, los contenidos y servicios digitales deben «ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector»¹⁶.

Los fines para los cuales deben ser aptos los contenidos o servicios digitales suministrados serán aquellos para los cuales se utilizan contenidos o servicios digitales del mismo tipo. Con ello se busca adoptar un enfoque objetivo o estandarizado, de forma que el fin normal al que deben estar destinados los contenidos o servicios digitales será un uso ordinario que debe determinarse objetivamente de acuerdo con los usos y prácticas de un consumidor medio¹⁷. Estos fines pueden ser uno o varios, de manera que, si hay varios fines para los que normalmente se utilizarían contenidos o servicios digitales del mismo tipo, no basta con que sean aptos para uno o varios entre ellos¹⁸. Sin embargo, en un ámbito como el digital, con tantas posibilidades de

¹⁵TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods...», cit, p. 52, en este sentido, el autor apunta que como este requisito debe abarcar un espectro muy amplio de contenidos y servicios digitales, tiene que lograr un equilibrio entre establecer unos requisitos razonablemente específicos y, al mismo tiempo, conservar un grado suficiente de flexibilidad teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos y servicios digitales, así como las circunstancias específicas en las que se realiza la compra.

¹⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.1, letra a) DCSD.

¹⁷ Por ejemplo, si un consumidor se suscribe a una plataforma de vídeo en *streaming*, la finalidad que puede esperarse es visualizar las películas, pero no editar o cortar las películas para poder extraer algunos episodios de esta. Igualmente, si un usuario se suscribe a un plan de almacenamiento en la nube, el uso normal sería poder cargar los archivos que permita la plataforma con el fin de almacenarlos, pero no puede esperarse que la plataforma de almacenamiento en la nube contenga herramientas para poder editarlos.

¹⁸ STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 136. Sin embargo, como apunta MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad...*, cit., p. 214, existe un límite: nunca debería poder

diversificación, no es de extrañar que surjan en un breve lapso temporal contenidos o servicios digitales que no cuenten con homólogo alguno, al menos durante un cierto periodo de tiempo. Por ello, esta referencia al uso «normal» u «ordinario» respecto de los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, en algunas ocasiones, puede resultar completamente inservible o ineficaz¹⁹. No obstante, ello no significa que no existan otros criterios de carácter objetivo para determinar la conformidad de los contenidos y servicios digitales, tal y como veremos a lo largo de los siguientes apartados.

Sin ir más lejos, el propio art. 115 ter. 1, letra a) TRLGDCU *in fine*, nos ofrece un criterio objetivo para determinar esa finalidad de los contenidos o servicios digitales, el cual se basa en el cumplimiento, por parte del empresario, de la normativa nacional y europea que se aplique en este tipo de contrato, así como, en su caso, de las normas técnicas o códigos de conducta que sean aplicables en este ámbito²⁰; y ello a pesar de que no se haya estipulado contractualmente. En especial, deberá cumplirse con la normativa de protección de datos personales, así como con la normativa relativa a la propiedad intelectual y el resto de las normas de derecho de consumo que, en su caso, resulten de aplicación.

Por un lado, el Cdo. 48 DCSD señala que el RGPD o cualquier otra norma en materia de protección de datos debe aplicarse plenamente al tratamiento de datos personales en relación con los contratos que entren dentro del ámbito de aplicación de la DCSD. En consecuencia, los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el RGPD podrían considerarse, asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. En tal sentido, es posible que, en ocasiones, el empresario se vea obligado a cumplir con determinadas normas del RGPD y que, por tanto, el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en dicha normativa por su parte haga que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines previstos y, por tanto, que exista una falta de conformidad, ya que se vulneraría el requisito objetivo de conformidad que

relacionarse con un destino poco común por mucho que haya bienes de la misma clase que sean capaces de responder a dicho fin.

¹⁹ YANGUAS GÓMEZ, R.: «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», en AA.VV. *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* (coords. S. CÁMARA LAPUENTE y E. ARROYO AMAYUELAS), Civitas, Navarra, 2012, p. 482.

²⁰ Esta referencia a normas extrajurídicas, como acertadamente apunta ARROYO AMAYUELAS, E.: «Relaciones contractuales en la era digital», *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24, p. 7, puede servir para ir paulatinamente deslizando hacia la industria del sector la determinación de los estándares de conformidad, según los avances tecnológicos.

exige que los contenidos o servicios digitales sean aptos para los fines para los que se utilizarían habitualmente contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

Un ejemplo de este supuesto nos lo ofrece el propio Cdo. 48 DCSD que señala que podría ser el caso de un empresario de un programa (*software*) de cifrado de datos que no aplicara las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelaran a destinatarios no autorizados, con lo que el programa (*software*) de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, que es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto.

Por otro lado, el cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual también podría constituirse como un requisito objetivo de conformidad, con la finalidad de garantizar que el consumidor pudiese disfrutar de los contenidos o servicios digitales contratados. En este sentido, los arts. 10 DCSD y 117.2 TRLGDCU vienen a indicar que cuando una restricción derivada de la vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales conforme a los requisitos subjetivos y objetivos, el consumidor tendrá derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad.

2.2. Ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital

El segundo grupo de criterios objetivos podemos entenderlo referido a la conformidad del contenido o servicio digital en relación con su versión de prueba o vista previa. Así, de acuerdo con el art. 115 ter. 1, letra b) TRLGDCU, los contenidos o servicios digitales deben «ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato»²¹.

En este punto, es conveniente precisar que el legislador no está pensando aquí en las versiones *beta*²², sino solamente en aquellas versiones de prueba gratuitas o a la vista

²¹ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.1, letra d) DCSD.

²² La versión *beta* es una versión de un *software* –normalmente relacionado con aplicaciones y videojuegos– que ya está listo y funciona, y que se lanza a ciertos usuarios para que lo prueben con la finalidad de detectar errores y hacer propuestas de mejora. Digamos pues que es un «borrador» previo a la versión definitiva y, a la vez, necesario para encontrar las fallas que los propios desarrolladores no han podido detectar. De esta forma, con el fin de mejorar el *software*, los desarrolladores cuentan con el

previa del contenido o servicio digital²³. La razón por la que entendemos excluidas las versiones *beta* como versiones que hay que tener en cuenta para valorar la conformidad del contenido o servicio digital es que la finalidad de estas versiones no es otra que detectar posibles mejoras o errores antes del lanzamiento de la versión definitiva, por lo que es bastante probable que el usuario experimente errores leves o funcionalidades limitadas. Es por ello que, en las versiones *beta*, como señala parte de la doctrina²⁴, recurrir a los criterios objetivos en este caso podría no resultar razonable, ya que la calidad que un consumidor o usuario puede esperar de una versión *beta* es inferior que la calidad que pudiese esperar de la versión final.

Por tanto, las versiones de prueba gratuitas o vista previa de los contenidos o servicios digitales conforme a las cuales se valorará la conformidad de los mismos son aquellas que el empresario ponga a disposición del consumidor antes de la celebración del contrato, no con la finalidad de que éste detecte errores para –posteriormente– corregirlos, sino para que pruebe el contenido o servicio digital –aunque con funciones limitadas o por un determinado periodo de tiempo– y, si es de su agrado o le resulta útil, adquiera –previo pago– la versión definitiva. Sería el caso, por ejemplo, de los demos de los videojuegos que salen unas semanas antes del lanzamiento de la versión definitiva del videojuego²⁵, la descarga de una parte de una canción o de una película (en forma de *tráiler*) o la descarga de un programa al que se puede acceder con una clave durante un periodo de tiempo determinado.

En estos casos en los que se ha puesto una versión de prueba a disposición del usuario, la versión definitiva no podrá apartarse de las características y funcionalidades que haya presentado aquella, dado que los consumidores y usuarios, en muchas ocasiones, se verán motivados a adquirir un producto u otro, en función de las utilidades, características o sensaciones que hayan podido experimentar en esa versión de prueba o vista previa. Evidentemente, consideramos que no podrá tener unas características o funcionalidades de calidad inferior a la presentada en la versión de prueba, pero, en cambio, sí que se podrán realizar mejoras o correcciones, pues todo lo que suponga

feedback de los usuarios, quienes les proporcionan comentarios a través de los cuales ponen de manifiesto los concretos defectos que presenta el contenido digital.

²³ *Vid.*, en el mismo sentido, GARCÍA GOLDAR, M.: «La seguridad como criterio de conformidad...», cit., p. 484.

²⁴ GEIREGAT, S. & STEENNOT, R.: «Proposal for a directive on digital content: Scope of application and liability for a lack of conformity», en AA. VV. *Digital content & distance sales: new developments at EU level* (dirs. I. CLAEYS, I y E. TERRYIN), Intersentia, Cambridge (Reino Unido), 2017, pp. 122-123.

²⁵ Un ejemplo sería el demo de un videojuego de fútbol como el *EA Sports FC 2024* o de baloncesto como el *NBA 2K24* donde en la versión demo que lanzan los desarrolladores se puede apreciar, por parte del usuario, cómo va a ser, por ejemplo, la jugabilidad, los gráficos o el sonido, entre otros.

una mejoría en la versión definitiva no tiene sentido que pueda alegarse como falta de conformidad.

2.3. Presentar las cualidades y características de funcionamiento que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar

El tercer grupo de criterios objetivos se refiere a aquellas cualidades y características que presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo o que el consumidor, atendiendo a la naturaleza de los contenidos o servicios digitales, puede razonablemente esperar. Así, el art. 115 ter. 1, letra d) TRLGDCU determina que los contenidos y servicios digitales deben «Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado. (...)»²⁶.

El criterio de la razonabilidad al que hace referencia el precepto atiende a lo que una persona puede razonablemente esperar y, por tanto, debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas²⁷. Además, para dilucidar sobre lo que el consumidor puede

²⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.1, letra b) DCSD. Es cierto que el art. 115 ter. 1, letra d) TRLGDCU, a diferencia de la DCSD, se refiere también a la «durabilidad» del bien, que hace referencia a «la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento obligatorios en condiciones normales de utilización» (art. 2.13 DCVB). Este requisito de la durabilidad entendemos que no va referido a los contenidos y servicios digitales, ya que la razón de garantizar una mayor durabilidad viene motivada por el deseo de lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular (Cdo. 32 DCVB), lo que no presenta ningún problema respecto a los datos producidos y suministrados en formato digital.

²⁷ A este respecto, LLAMAS POMBO, E.: «La falta de conformidad en la venta de consumo», en AA.VV. *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo: Reflexiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 314-315, advierte de la dificultad de valorar lo que un consumidor puede razonablemente esperar, principalmente, por dos razones: primero, porque no es fácil saber lo que el consumidor esperaba o dejaba de esperar; y segundo, porque resulta muy complicado determinar hasta qué punto esas esperanzas son o no «fundadas». En todo caso, el autor afirma que esa valoración deberá realizarse de la manera más objetiva posible, es decir, no con arreglo a las expectativas concretas o los motivos internos que ese consumidor concreto depositó en el producto adquirido, sino atendiendo a lo que un consumidor medio podría razonablemente esperar del objeto del contrato. En un sentido similar,

razonablemente esperar, la norma añade que deberá tenerse en cuenta «cualquier declaración pública realizada por el empresario», parámetro este que no es excluyente de los demás parámetros que se pudieran utilizar. Con ello, lo que se quiere decir es que esta declaración pública del empresario sobre alguna característica del contenido o servicio digital será vinculante para el mismo²⁸, pero eso no significa que, a través de estas declaraciones, el empresario pueda rebajar el nivel *estándar* que objetivamente se pueda exigir de los contenidos o servicios digitales suministrados; sobre todo, si atendemos a lo que, efectivamente, el consumidor pudiera razonablemente esperar de acuerdo con aquellas características que presentan contenidos o servicios digitales del mismo tipo. Así, por ejemplo, podrá esperarse y, por tanto, exigirse de una aplicación de almacenamiento en la nube que la misma pueda albergar documentos de tipo común, realice copias de seguridad y ofrezca la seguridad adecuada, ya que estas son prestaciones comúnmente ofrecidas por el resto de los proveedores de este tipo de servicios.

2.3.1. La calidad

Los consumidores muchas veces experimentan problemas relacionados con la calidad de los contenidos y servicios digitales. Es por ello que, antes de todo, nos gustaría poner de manifiesto el acierto del legislador europeo de exigir en la versión definitiva de la DCSD unos niveles mínimos de calidad como requisito objetivo de conformidad²⁹, ya que en la PropDCSD la calidad exigible de un contenido o servicio digital se dejaba a lo estipulado contractualmente, lo que, siendo ésta una de las características más esenciales de los contenidos y servicios digitales, provocaba el riesgo de que, a través de cláusulas predispuestas, el empresario rebajara la calidad de los contenidos y servicios digitales ofrecidos a unos niveles subestándar, por debajo de lo que

TORRELLES TORREA, E.: «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 1, p. 863, advierte que, si bien es cierto que no podemos negar el matiz subjetivo de la expectativa, no se debe caer en el error de que estamos ante un criterio subjetivo, pues el comprador no puede decidir según su arbitrio si la prestación es o no conforme, sino que deberá imperar la perspectiva que tendría un comprador medio de la población de compradores de ese tipo de bien.

²⁸ Al respecto, TORRELLES TORREA, E.: «Las expectativas del consumidor...», cit., p. 874, señala que serán vinculantes las declaraciones públicas referidas únicamente a la cantidad, calidad y características que presentan normalmente los contenidos y servicios digitales cuando estas generen razonablemente en el consumidor una expectativa de que el contenido o servicio digital ha de reunirlos, lo que sucederá con la publicidad informativa, pero no con la persuasiva.

²⁹ Hacemos mención expresa al legislador europeo, porque, si bien es cierto que la calidad como requisito objetivo de conformidad no aparece expresamente en la DCSD, sí que puede entenderse claramente que la calidad queda embebida entre las cualidades y características que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo a la que hace referencia el art. 8.1, letra b) DCSD, así como también lo deja claro el Cdo. 75 DCSD.

razonablemente pudiera esperar el consumidor en relación con contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

La propia DCSD no nos ofrece un concepto de calidad, sino que se limita a incluir un ejemplo en su Cdo. 42 como es la resolución de las imágenes. No obstante, la determinación de la calidad se dejará a las circunstancias del caso concreto, pues es difícil definir qué puede entenderse por calidad dada la gran diversidad de contenidos y servicios digitales de distinta naturaleza que existen en el mercado.

Sin embargo, la calidad como requisito subjetivo –estipulado contractualmente– es más fácil de determinar. Piénsese, por ejemplo, en la resolución de las imágenes: si en el contrato se indica que un determinado videojuego se ofrece con una resolución *Full HD* (1.920 x 1.080 píxeles), en este caso, será fácil comprobar si se ajusta o no a lo indicado y si, en consecuencia, existe o no falta de conformidad. En cambio, más difícil es determinar cuando existe o no falta de conformidad en relación con la calidad como requisito objetivo, ya que ello se deberá valorar en función de lo que razonablemente podría esperar el consumidor o usuario en comparación con contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

Es cierto que la DCSD ha optado por no incluir el término «calidad» expresamente entre los requisitos objetivos para la conformidad, pero, en cambio, en su Cdo. 75 señala que «Debe valorarse de forma objetiva (...) la calidad, funcionalidad, compatibilidad y otras características principales que sean normales en los contenidos o servicios digitales del mismo tipo (...)». Por tanto, podemos extraer dos ideas: 1) que la calidad de los contenidos y servicios digitales sí que requiere una valoración objetiva; y 2) que la calidad es una de las características principales de los contenidos y servicios digitales.

En este sentido, si acudimos a los arts. 8.1, letra b) DCSD y 115 ter. 1, letra d) TRLGDCU parece ser que, tanto el legislador europeo como el español, se han olvidado de incluir la calidad como una de aquellas cualidades o características que se deben valorar de forma objetiva. Sin embargo, de una interpretación conjunta de estos artículos junto con el Cdo. 75 DCSD nada obsta a que se entienda incluida entre las cualidades y características principales de los contenidos y servicios digitales y, por tanto, se puedan exigir unos niveles de calidad estándar que se valorarán de acuerdo con lo que «presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales (...)». De ahí que, aunque es criticable el olvido del legislador europeo y español que no incluyen la calidad expresamente como una

característica a valorar desde un punto de vista objetivo, no existen dudas de que, a través de esta interpretación conjunta de los referidos artículos con el Cdo 75 DCSD, no hay motivos para entender excluida la valoración objetiva de la calidad, pues se trata de una interpretación que, más allá de responder a toda una lógica y coherencia debido a las cualidades y características de los contenidos y servicios digitales, es más favorable a la protección del consumidor. No tendría ningún sentido dejar únicamente en manos del empresario establecer, a través de cláusulas predispuestas, el nivel de calidad exigible, pues ello supondría un riesgo para el consumidor ya que, incluso si así lo decidiese el empresario, podría rebajarse la calidad a unos niveles mínimos o prácticamente inexistentes.

De esta forma, se defiende el establecimiento de un parámetro legal mínimo que refleje las expectativas de los consumidores, al menos, respecto a características esenciales de los contenidos y servicios digitales, como es la calidad, la cual, más allá del ejemplo de la resolución de las imágenes, también puede ir referida a aspectos relacionados con la seguridad y fiabilidad de determinados servicios y cuyo cumplimiento debe garantizarse conforme a unos parámetros objetivos.

Por tanto, la existencia de un nivel mínimo de calidad exigible como criterio objetivo de conformidad hace que la calidad establecida contractualmente –como criterio subjetivo de conformidad– sólo entre en juego cuando ese nivel de calidad estipulado por contrato sea superior al nivel de calidad que se pueda exigir como criterio objetivo de conformidad, pues, en caso contrario, si la calidad pactada fuera menor, ésta sería desplazada por la calidad exigible de acuerdo con la conformidad objetiva.

Evidentemente, valorar la calidad como criterio objetivo de conformidad puede no resultar una tarea fácil³⁰. Sin embargo, lo que está claro y no presentará tantos problemas serán aquellos supuestos en los que previamente se haya puesto por parte del empresario una versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital a disposición del consumidor, pues si la versión de prueba presenta una determinada

³⁰ Al respecto, STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 140, expresa que el hecho de que la calidad deba ser la «normal» para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo supone que no es necesario que el contenido o servicio digital sea de una calidad superior, pero de la misma manera significa que una calidad inferior sería inaceptable. Por tanto, la calidad exigida, en realidad, es una calidad «media» a la luz del rápido avance tecnológico, por lo que el simple hecho de que se ponga en el mercado un producto más desarrollado del mismo tipo no crea una carencia respecto del contenido o servicio digital en cuestión. *Vid.*, en el mismo sentido, TORRELLES TORREA, E.: «Las expectativas del consumidor...», cit., p. 854, quien, además, afirma que, dado que los contenidos y servicios digitales son una materia muy nueva y en constante evolución, las expectativas del consumidor pueden evolucionar y cambiar con más facilidad que con los bienes clásicos.

calidad, la versión definitiva deberá ajustarse –como mínimo– a la calidad presentada por la versión de prueba o vista previa de dicho contenido o servicio digital.

2.3.2. La funcionalidad y compatibilidad

La funcionalidad, conforme a la definición dada por el art. 59 bis. 1, letra l) TRLGDCU, hace referencia a «la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad»³¹. La funcionalidad debe entenderse referida a las formas en que pueden utilizarse los contenidos y servicios digitales, así como también a la ausencia o presencia de restricciones técnicas como, por ejemplo, la protección mediante la Administración de Derechos Digitales o la codificación de la región, ya que éstas pueden afectar a la capacidad de los contenidos o servicios digitales de cumplir todas sus funciones teniendo en cuenta su finalidad (Cdo. 43 DCSD)³². Por ejemplo, un servicio de almacenamiento en la nube deberá poseer la capacidad y funciones necesarias para la subida de los archivos por parte del usuario; o, por ejemplo, un programa editor de imágenes deberá tener las herramientas necesarias para modificar el color, el tono, el contraste y otros factores de la imagen.

La funcionalidad puede verse especialmente limitada en aquellos casos en que existan restricciones derivadas del acuerdo de licencia del usuario final, ya que estas restricciones pueden afectar a características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar, por lo que tal restricción puede hacer que los contenidos o servicios digitales incumplan los requisitos objetivos de conformidad (Cdo. 53 DCSD).

Parece ser que el legislador, al establecer la funcionalidad como requisito objetivo de conformidad, ha pretendido fijar un parámetro legal mínimo, el cual deberá valorarse atendiendo a la funcionalidad que presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar. De esta forma, más allá de la funcionalidad estipulada contractualmente que deba presentar el contenido o servicio digital, el mismo deberá ajustarse a una funcionalidad estándar, por debajo de la cual se estará ante una falta de conformidad y, en consecuencia, se podrá hacer uso de las medidas correctoras.

³¹ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 2.11 DCSD.

³² Para un análisis sobre la necesidad de informar acerca de la funcionalidad y las medidas técnicas de protección (MTP) de los derechos de los titulares de propiedad intelectual de las obras o prestaciones digitales, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S.: «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 4/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, núm. 11, pp. 115-135.

Para asegurar estos niveles mínimos de funcionalidad será necesario que el proveedor haya recabado de los titulares de los derechos de propiedad intelectual las debidas cesiones de uso, así como haber obtenido las licencias para los usuarios finales de los contenidos o servicios digitales; y, por supuesto, los acuerdos celebrados entre el proveedor y el titular de los derechos de propiedad intelectual deberán garantizar que los contenidos y servicios digitales conserven su funcionalidad durante todo el periodo de duración del contrato. Piénsese, por ejemplo, una plataforma como *Netflix* que, en un principio, ofrece un amplio catálogo de películas o series, pero que, de forma sobrevenida, deja de poner a disposición del usuario una parte sustancial de su catálogo por haber expirado el plazo de la licencia que acordó con el titular del derecho de propiedad intelectual. En este caso, evidentemente, se produce una falta de conformidad por no cumplir el contenido o servicio digital su finalidad, que es el ofrecer un amplio abanico de series o películas, lo que, de forma razonable, puede esperar un consumidor, dada la naturaleza de este servicio digital y, sobre todo, si tenemos en cuenta otras plataformas del mismo tipo que ofrecen servicios de vídeo en *streaming* idénticos o similares como *HBO*, *Disney Plus* o *Amazon Prime Video*.

La compatibilidad, conforme al art. 59 bis. 1, letra c) TRLGDCU, se define como «a capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales»³³.

La introducción de la compatibilidad como parámetro objetivo, en nuestra opinión, es una de las características más necesarias en este tipo de contratos, ya que precisamente lo que se pretende conseguir es garantizar que los contenidos y servicios digitales funcionen, al menos, con los *software* o *hardware* con los que funcionan contenidos y servicios digitales del mismo tipo, por lo que nos parece totalmente un acierto que se haya incluido, por parte del legislador, la compatibilidad como requisito objetivo de conformidad³⁴.

Sin embargo, introducida la compatibilidad como parámetro objetivo de conformidad, cabe preguntarse si es adecuado haberla incluido entre los requisitos subjetivos de conformidad. Si la compatibilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los *software* o *hardware* con los que normalmente funcionan los

³³ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 2.10 DCSD.

³⁴ Además, la compatibilidad del contenido o servicio digital se constituye como una información precontractual relevante conforme al art. 60.2, letra j) TRLGDCU.

contenidos o servicios digitales del mismo tipo, tiene sentido que se garanticen unos niveles mínimos –objetivos– de compatibilidad, que, en este caso, se valorarán conforme a la compatibilidad que presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar. Ahora bien, una vez establecido como parámetro legal objetivo, ¿hasta qué punto se puede apartar el proveedor de estos niveles estándar de compatibilidad tal y como entendemos la misma? Es decir, ¿hasta qué punto puede el proveedor estipular contractualmente que un contenido o servicio digital no sea compatible con un *software* o *hardware* con el que ya funciona normalmente un contenido o servicio digital del mismo tipo? Este funcionamiento ya se garantiza como requisito objetivo, por lo que si el proveedor se aparta de los niveles objetivos de compatibilidad nos podemos encontrar con dos situaciones:

Por un lado, si el proveedor establece –contractualmente– que un contenido o servicio digital es compatible con determinados programas o aparatos, pero por debajo de lo que razonablemente puede esperar el consumidor, o es compatible con menos programas o aparatos de los que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, entonces, en este caso, estaremos ante una falta de conformidad por no cumplir con el parámetro legal objetivo de conformidad.

Por otro lado, si el proveedor establece en el contrato que un contenido o servicio digital es compatible con programas o aparatos que no puede esperar razonablemente el consumidor o con los que no son compatibles normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, entonces, en este caso, ya no estamos hablando de compatibilidad, sino de interoperabilidad *ex arts. 2.12 y 7.1, letra a) DCSD* entendida ésta como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo. Es esta precisamente la razón por la cual la interoperabilidad no se constituye como requisito objetivo de conformidad, ya que no se puede esperar razonablemente por el consumidor que un contenido o servicio digital sea interoperable con programas o aparatos con los que normalmente no funcionan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo³⁵.

³⁵ Así lo entiende también STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 143, quien señala, además, que sería excesivo exigir al empresario que garantice que el contenido o servicio digital funciona con un tipo de *hardware* o *software* que el empresario no anticipó que funcionaría con el contenido o servicio digital en cuestión. Por ejemplo, resultaría excesivo exigir que todos los formatos de libros electrónicos sean legibles con cualquier *software* de lectura de libros electrónicos disponible.

2.3.3. La accesibilidad

La accesibilidad no aparece definida ni en la DCSD ni en el TRLGDCU. Sin embargo, la RAE la define como la «cualidad de lo que es accesible» o «Posibilidad de acceder a cierta cosa o facilidad para hacerlo». Esta definición, puesta en relación con los contenidos y servicios digitales, puede llevarnos a entender por accesibilidad la capacidad que tienen los contenidos y servicios digitales para ser utilizados accediendo a través de determinados programas (*software*) o aparatos (*hardware*).

En tal sentido, la accesibilidad como requisito objetivo de conformidad supone que los contenidos o servicios digitales deberán ser accesibles a través de aquellos sistemas operativos o aparatos con los que se puede acceder a los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar. Sin embargo, como ya advirtieron algunos autores³⁶, cuando el suministrador haya indicado previamente de forma clara e inteligible que el contenido digital sólo puede reproducirse o accederse a través de un dispositivo o sistema operativo determinado y el consumidor (a pesar de ello) celebra el contrato, el contenido digital será conforme con el contrato si efectivamente sólo puede reproducirse o accederse a él a través de ese dispositivo o sistema operativo que el suministrador le indicó. De esta forma, si el empresario indica en la publicidad del contenido o servicio digital que el mismo solo puede utilizarse, por ejemplo, en un *iPod* o en *Windows Media Player*, eso provocará que el consumidor no pueda ni espere poder utilizar el contenido o servicio digital en otro dispositivo o reproductor y, por tanto, tampoco pueda alegar falta de conformidad.

Por su parte, otro de los problemas que se pueden plantear en relación con la accesibilidad surge cuando para acceder a un determinado contenido o servicio digital es necesario comprar o instalar otros contenidos digitales. En estos casos, la solución sigue la misma dirección, es decir, la falta de conformidad existirá o no dependiendo de la información que el suministrador haya proporcionado al consumidor, de manera que, si el consumidor, antes de adquirir el contenido o servicio digital, fue debidamente informado, no va a poder alegar posteriormente falta de conformidad por no poder utilizar el contenido o servicio digital sin la adquisición o instalación de ese otro contenido o servicio digital necesario para el buen funcionamiento del primero.

³⁶ LOOS, M., HELBERGER, N., GUIBAULT, L., y MAK, C.: «The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law», *European Review of Private Law*, 2011, núm. 6, pp. 744-745.

2.3.4. La continuidad

La continuidad tampoco aparece definida ni en la DCSD ni en el TRLGDCU, pero aplicada a los contenidos o servicios digitales podemos entender que hace referencia a que los mismos se suministren de forma continua durante toda la vigencia del contrato. Es conveniente precisar que los contenidos o servicios digitales pueden suministrarse a los consumidores mediante uno o varios actos individuales de suministro, o de forma continua a lo largo de un período de tiempo: la continuidad hace referencia a la segunda forma de suministro.

El suministro continuo puede incluir aquellos casos en los que el empresario pone un servicio a disposición del consumidor durante un período de tiempo determinado o por un período indefinido como, por ejemplo, un contrato de almacenamiento en la nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido. Sin embargo, el suministro continuo no debe implicar necesariamente un suministro a largo plazo. Por ejemplo, podemos considerar como un suministro continuo durante un periodo de tiempo la retransmisión en línea de un videoclip, independientemente de la duración real que tenga el archivo audiovisual. Del mismo modo, también debe considerarse un suministro continuo durante un período de tiempo aquellos casos en los que determinados elementos de los contenidos o servicios digitales estén disponibles periódicamente o en varias ocasiones durante el período determinado del contrato o durante el tiempo en que el contrato indefinido esté en vigor. Un ejemplo concreto podría ser cuando el contrato estipulase que una copia de un programa (*software*) antivirus se pudiera utilizar durante un año y se actualizara automáticamente el primer día de cada mes de dicho período, o que el empresario facilitara actualizaciones cada vez que nuevas características de un juego digital se hiciesen accesibles (Cdo 57 DCSD)³⁷. Por tanto, una falta de actualización también constituirá falta de conformidad, ya que muchas veces la continuidad en el uso

³⁷ Sin embargo, tal y como indica WENDEHORST, C.: «The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content provider and consumer», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Múnich), 2022, p. 66, el Cdo. 57 DCSD solo se refiere a contratos con una duración de tiempo determinada o a contratos con un periodo de suministro indefinido. No obstante, no está claro si el suministro en un único acto de contenidos digitales combinado con la obligación de proporcionar actualizaciones periódicas se considera un acto único de suministro o un suministro continuo. Para el autor, el factor decisivo debería ser si las actualizaciones deben considerarse una parte esencial de la obligación principal derivada del contrato o si, por el contrario, son meramente de naturaleza accesorio, es decir, si el contenido digital puede seguir utilizándose adecuadamente incluso sin la actualización. Por ejemplo, un programa de protección *antimalware* es inútil sin actualizaciones continuas, por lo que un contrato sobre un programa de protección *antimalware* siempre debería considerarse como un caso de suministro continuo durante un periodo de tiempo.

de un contenido o servicio digital estaría supeditada a la instalación de determinadas actualizaciones.

Además, en este punto es importante tener en cuenta el plazo durante el cual el contrato estará vigente, que puede ser un contrato por tiempo determinado o por tiempo indefinido. La importancia de conocer el plazo radica en que únicamente durante este tiempo los contenidos o servicios digitales estarán disponibles o serán accesibles para el consumidor y, en consecuencia, el empresario solo estará obligado a responder por las faltas de conformidad que aparezcan durante ese período de tiempo. Ahora bien, es importante precisar que, como se indica en el Cdo. 51 DCSD, las interrupciones a corto plazo del suministro de contenidos o servicios digitales deben tratarse como casos de falta de conformidad cuando dichas interrupciones sean notables o recurrentes, de manera que se exige que la interrupción en el suministro del contenido digital sea notable, esto es, de una entidad considerable o que se trate de interrupciones recurrentes, es decir, que se produzcan con cierta frecuencia. En este sentido, para que una única interrupción pueda considerarse como falta de conformidad debe tratarse de una interrupción importante o que sea de una entidad notable. En cambio, si las interrupciones se producen de forma repetida y frecuente, ello constituirá falta de conformidad con independencia de la gravedad de estas.

Sin embargo, se puede plantear la cuestión de si este tipo de interrupciones que interfieren en una de las características básicas de los contenidos y servicios digitales, como es la continuidad, constituye o no una falta de conformidad grave. Ello es importante en orden a determinar el abanico de remedios que puede tener el consumidor a su disposición, ya que, *a priori*, si el precio se ha pagado en dinero, se podrá ejercitar, en primer lugar, la puesta en conformidad, salvo que la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato [art. 119, letra e) TRLGDCU]. A nuestro juicio, consideramos que, en principio, una interrupción considerable o varias interrupciones de pequeña entidad no constituirían una falta de conformidad de suficiente gravedad como para optar directamente por la reducción del precio o la resolución del contrato. No obstante, es una cuestión que deberán apreciar los tribunales, según las circunstancias del supuesto concreto, conforme a las reglas de la razón humana, aunque no parece descabellado sostener que, si las pequeñas interrupciones son tan frecuentes o finalmente tan prolongadas que el contenido digital (*v. gr.*, el acceso al almacenamiento en red o a una red social o a un juego o aplicación en línea) no funciona con la «continuidad» que constituye una de sus características principales, el

remedio resolutorio debería poderse ejercitar en primera instancia por el consumidor y no solo como un remedio subsidiario³⁸.

2.3.5. La seguridad

La seguridad como requisito objetivo de conformidad aparece expresamente en el art. 115, ter. 1, letra d) TRLGDCU³⁹. Cabe señalar que la seguridad, configurada como requisito objetivo, es una novedad que presenta la DCSD, dado que la PropDCSD no la incluyó entre los requisitos objetivos de conformidad, sino que, únicamente, aparecía como un requisito subjetivo. Con ello, se dejaba en manos del empresario establecer el nivel de seguridad que debían presentar los contenidos o servicios digitales para ser conformes, lo cual fue duramente criticado por una parte de la doctrina⁴⁰.

La seguridad no aparece definida ni en la DCSD ni en el TRLGDCU, por lo que es necesario determinar cuál es el nivel de seguridad que un consumidor puede razonablemente esperar. En este sentido, como afirman algunos especialistas en la materia⁴¹, es evidente que lo que el consumidor puede razonablemente esperar es que el contenido digital no cause lesiones físicas o daños materiales a otros equipos o programas informáticos, es decir, que no dañe el propio *hardware* o *software*.

Sin embargo, también es importante poner de manifiesto en relación con la seguridad que el contenido o servicio digital debe estar libre de virus, ya que, si el propio contenido o servicio digital contiene un virus que pueda dañar el *software* o *hardware* del consumidor, estaremos ante una falta de conformidad, y ello con independencia de si el virus no fuera conocido y, por tanto, no se detectara en el momento de la entrega o del suministro⁴²; pero, también constituirán falta de conformidad los defectos, fallos o errores que pueda tener el contenido o servicio digital y que, en consecuencia, dejen al *hardware* o *software* del consumidor expuesto a virus, pudiendo entrar en el sistema operativo o aparato y causar un daño. Cuestión distinta es que un virus o troyano se sirva de fallos o defectos de otros contenidos digitales y afecte, posteriormente, a los contenidos o servicios digitales adquiridos. En estos casos, como han afirmado algunos

³⁸ CÁMARA LAPUENTE, S.: «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3, p. 50.

³⁹ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.1, letra b) DCSD.

⁴⁰ GEIREGAT, S. & STEENNOT, R.: «Proposal for a directive on digital content...», cit., p. 128.

⁴¹ LOOS, M., et.al.: «The Regulation of Digital Content...», cit., p. 748.

⁴² *Ibidem*, p. 748.

autores⁴³, el suministrador no será responsable, dado que el contenido digital era conforme con el contrato en el momento de la entrega o de la ejecución.

Por último, la seguridad, como criterio objetivo de conformidad, también se puede relacionar con la protección de datos. A tal efecto, es interesante lo expresado por el Cdo. 48 DCSD, el cual señala que «Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse, asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos». En tal sentido, un ejemplo podría ser «el caso en que el incumplimiento de las obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 pudiera al mismo tiempo tener como consecuencia que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines previstos y, por tanto, constituyan una falta de conformidad con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales sean aptos para los fines para los que se utilizarían habitualmente contenidos o servicios digitales del mismo tipo». Como ejemplo práctico, sería el caso de «un empresario de un programa (*software*) de cifrado de datos que no aplicara las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, con lo que el programa (*software*) de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, que es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto».

Sin embargo, la seguridad como requisito de conformidad, no solo puede dar lugar a una falta de conformidad cuando la propia seguridad se constituya como la finalidad prevista que deba cumplir el contenido o servicio digital, sino que, en muchas ocasiones, la falta de conformidad puede venir dada porque el empresario incumpla sus obligaciones en virtud del RGPD y, en consecuencia, el contenido o servicio digital incumpla el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales posean las características que son normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. Sería el caso de aquellos contenidos o servicios digitales en los que, para poder utilizarlos correctamente, es necesario proporcionar los datos personales, los cuales serán tratados por el proveedor, quien, de acuerdo con las obligaciones previstas por el

⁴³ SCHMIDT KESSEL, M., YOUNG, L., BENNINGHOFF, S., LANGHANKE, C. y BAYREUTH, G. R.: «Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, vol. 8, núm.1, p. 10 (consultar en <https://doi.org/10.1515/gpr.2011.8.1.7>).

RGPD, deberá hacerlo de forma segura. Un ejemplo también lo encontramos en el Cdo. 48 DCSD, el cual establece que «si el empresario de una aplicación de compra en línea no adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor y, como consecuencia de ello, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor quedan expuestos a programas maliciosos o programas espía, esa omisión también podría constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el sentido de la presente Directiva, ya que el consumidor puede razonablemente esperar que una aplicación de este tipo tenga habitualmente características que impidan que se revelen los datos de los pagos». Por tanto, aunque no se tratase de un *software* cuya finalidad fuera la protección de la información del usuario –como sería un programa de cifrado de datos–, las obligaciones previstas en el RGPD habrían de cumplirse igualmente por el responsable del tratamiento y, a tal efecto, si se adquiriese un contenido o servicio digital cuya finalidad no fuese la protección de datos –como, por ejemplo, una red social–, se requeriría, igualmente, que el tratamiento de los datos personales requeridos para su buen funcionamiento fuese seguro, de tal forma que el incumplimiento de las medidas previstas en el RGPD para garantizar un tratamiento seguro de los datos constituiría una falta de conformidad.

2.3.6. La declaración pública realizada por el empresario

Como hemos analizado, los contenidos y servicios digitales deberán poseer las cualidades y características que presentan normalmente los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar, atendiendo, especialmente, a dos criterios: la naturaleza del contenido o servicio digital y cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente, en la publicidad o el etiquetado [art. 115 ter. 1, letra d) TRLGDCU]⁴⁴. Esta última es la conocida como «integración del contrato mediante la publicidad» que ya aparece en el art. 61.2 TRLGDCU⁴⁵. Sin embargo, la novedad del artículo 115 ter. 1, letra d) TRLGDCU no reside en que el empresario quede vinculado por las declaraciones que él mismo realizó antes de la conclusión del contrato con el consumidor, sino en otras dos cuestiones: por un lado, se aclara que la vinculación se producirá incluso

⁴⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.1, letra b) DCSD.

⁴⁵ El art. 61.2 TRLGDCU dispone que «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato».

cuando las declaraciones públicas provengan también de un tercero; y, de otro lado, se incluyen tres supuestos en los que el empresario no se verá vinculado por esas declaraciones públicas.

Las declaraciones públicas, como la publicidad o el etiquetado, constituyen así un criterio de conformidad de los contenidos o servicios digitales, de manera que, si los contenidos o servicios digitales no presentan las cualidades o características explicitadas a través de dichas declaraciones públicas, existirá falta de conformidad y el consumidor podrá hacer uso de las medidas correctoras *ex art. 117 TRLGDCU*⁴⁶. Sin embargo, ni la DCSD ni el TRLGDCU definen qué debe entenderse por «declaración pública», sino que se limitan a señalar que dicha declaración podrá plasmarse a través de la publicidad o el etiquetado. Por tanto, podríamos considerar como declaración pública cualquier forma de comunicación, comprensiva de la publicidad o el etiquetado, lo que no excluye cualquier otro modo de comunicación cualquiera que sea su soporte⁴⁷.

Por su parte, tampoco se establece qué debe entenderse por «publicidad» o «etiquetado». A este respecto, debemos acudir al art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁴⁸, el cual define la publicidad como «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones», lo que equivale a cualquier forma de comunicación. En cambio, el «etiquetado» no aparece definido en ningún texto legal, pero debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo no solo el embalaje exterior, sino también

⁴⁶ La razón por la que el legislador atribuye carácter vinculante a las declaraciones públicas, como afirma PERROTTA, S.: «Informazione e pubblicità di beni con elementi digitali e dei contenuti e servizi digitali», en AA.VV. *I diritti dei consumatori digitali* (dir. R. TORINO), Pacini Giuridica, Pisa, 2023, pp. 31 y 33, reside en que el mensaje publicitario cumple la función de llevar información al consumidor sobre las características del bien que va a comprar, orientando las elecciones de compra; por tanto, es necesario que la información que emana del mensaje publicitario se transmita de forma que no desnaturalice la realidad, ya que, de lo contrario, el consumidor podría tomar decisiones que de otro modo no habría tomado, pues la misma se constituye como una herramienta idónea para influenciar las decisiones del consumidor.

⁴⁷ MORALES MORENO, A.M.: «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, vol. 52, núm. 1, p. 269. Como precisa, CAPILLI, G.: «Garanzie e rimedi nelle vendite ai consumatori», en AA.VV. *I contratti del consumatore* (dir. G. CAPILLI), Giappichelli, Torino, 2021, p. 189, en realidad, las declaraciones públicas vienen a configurarse como comunicaciones dirigidas no a un individuo en concreto, sino a un conjunto de sujetos, por lo que pasarán a formar parte integrante de tantos contratos como productos se adquieran.

⁴⁸ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/11/34/con>.

los prospectos o folletos que a menudo acompañan a ciertos bienes⁴⁹, lo que, en el caso de los contenidos o servicios digitales, cobra más sentido cuando los mismos sean suministrados en soporte material.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la información que actualmente obtiene un consumidor de un producto es recibida, principalmente, a través de la publicidad. Por tanto, más allá de lo dispuesto por la normativa sobre publicidad engañosa⁵⁰, es conveniente plantearse cuáles son aquellas declaraciones públicas que vinculan al empresario. A este respecto, las declaraciones públicas vinculantes serán aquellas que versen sobre «cualidades y otras características», es decir, que se trate de publicidad informativa y no persuasiva, pues solo la publicidad informativa vincula al empresario al tener un contenido suficientemente concreto⁵¹. De ahí que la vinculación contractual sólo pueda producirse si las declaraciones públicas tienen contenidos suficientemente concretos, susceptibles de generar esa vinculación; o, dicho de otro modo, si pueden suscitar expectativas concretas en el consumidor⁵². No obstante, existe un límite: sólo serán vinculantes las declaraciones públicas sobre las «cualidades y otras características» que «presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar», de manera que las declaraciones públicas que se refieran a otros aspectos del contrato como, por ejemplo, el precio o las condiciones de pago quedarían excluidas.

Por último, hay que tener en cuenta que el empresario responderá, aunque actúe de buena fe e ignore que las declaraciones del tercero eran inexactas, pues la integración

⁴⁹ ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad en la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 68.

⁵⁰ La publicidad engañosa es, en sí misma, objeto de control y sanción por su normativa específica, tanto nacional como internacional, por inducir a error a los consumidores-destinatarios y perjudicar a los consumidores. *Vid.*, en este sentido, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Ambas modificadas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/12/30/29>), y cuyos cambios vienen motivados por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj>) y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>).

⁵¹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al art. 116 TRLGDCU», en AA.VV. *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (Coord. R. BERKOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1702.

⁵² MORALES MORENO, A.M.: «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, vol. 52, núm. 1, p. 269.

de la publicidad no requiere la negligencia o la intención de engañar del anunciante⁵³; y, en ese mismo sentido, tal y como ha expresado algún autor⁵⁴, cuyas consideraciones nos parecen acertadas, tampoco será preciso que el consumidor acredite que tuvo conocimiento de la publicidad y que existió una relación de causalidad entre el mensaje publicitario y el contrato celebrado.

2.3.7. Excepciones a la responsabilidad del empresario por las declaraciones públicas

El empresario quedará obligado por las declaraciones públicas en los términos que acabamos de analizar, pero, no obstante, existen una serie de supuestos en los que quedará eximido de responsabilidad si demuestra alguno de los hechos contenidos en el art. 115 ter. 1, letra d), apartados 1º), 2º) y 3º) TRLGDCU⁵⁵:

1) En primer lugar, si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión. Entendemos que esta exención de responsabilidad solamente será aplicable en aquellos supuestos donde la declaración la haya hecho cualquier persona distinta del empresario como, por ejemplo, un representante en su nombre, pues no tendría sentido que el propio empresario alegara que desconocía una declaración hecha por sí mismo⁵⁶, dado que ello iría contra la doctrina de los actos propios⁵⁷, la cual se sustenta en el principio de buena fe establecido en el art. 7.1 CC. Se trata de una excepción cuyo objetivo es claramente evitar que el empresario quede vinculado por las declaraciones hechas por otras partes de la cadena de transacciones. En estos casos, la carga de la prueba recae sobre el empresario, es decir, es el empresario el que debe demostrar que desconocía tal declaración hecha por tercero en su nombre o por otras personas en fases previas de la

⁵³ PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU», en AA.VV. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992, pp. 166 y 169.

⁵⁴ Vid., en este sentido, CAMACHO PEREIRA, C.: *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 279.

⁵⁵ Vid., en el mismo sentido, art. 8.1, letra b), apartados i), ii) y iii) DCSD.

⁵⁶ En este mismo sentido, LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad», en AA.VV. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Tomo II)* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1683, expresa que esta excepción no se aplicará cuando «la declaración pública provenga del propio empresario», y añade que tampoco entrará en juego cuando «la declaración pública aparezca en el etiquetado de los bienes o de los contenidos digitales si se suministran en un soporte material»

⁵⁷ Vid., en este sentido, SSTS 9 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3807), 21 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2001:4159), 16 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:950), 2 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6116), 19 de febrero 2010 (ECLI:ES:TS:2010:464), 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2615), y 8 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:388).

cadena de transacciones. No obstante, en aquellos supuestos donde la publicidad se haya realizado en nombre del empresario o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, existirá falta de conformidad si finalmente el contenido o servicio digital no presenta las cualidades o características anunciadas en la publicidad, ya que esta excepción lo que permite es que el empresario quede liberado de responder, pero no elimina la falta de conformidad. Por tanto, el empresario no responderá, pero el consumidor sí podrá dirigirse contra el productor ex. art. 125 TRLGDCU, el cual responderá por la falta de conformidad en los mismos plazos y condiciones establecidos para el empresario.

2) En segundo lugar, el empresario tampoco quedará vinculado por sus declaraciones si demuestra que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada. En estos casos parece que lo que pretende el legislador es otorgarle al empresario la posibilidad de corregir aquellos errores que hubiera habido en la declaración, para que así pueda exonerarse de responsabilidad. En este sentido, la confianza del consumidor merecedora de protección ya no existe, porque la declaración pública que la generó fue «corregida» por otra posterior⁵⁸. Sin embargo, existe un límite: el momento de la celebración del contrato. De esta forma, el empresario quedará exento siempre y cuando realice la corrección de la declaración, a más tardar, en el momento de la celebración del contrato; y, por lo que refiere a la forma de la corrección, la normativa exige que se realice del mismo o similar modo, de manera que, si un empresario anuncia que un determinado contenido o servicio digital posee unas características de funcionamiento –que en realidad no posee– a través de un anuncio en una página web, lo adecuado sería corregir tal declaración a través de un nuevo anuncio en dicha página web⁵⁹. Además, hay que tener en cuenta que dicha declaración por la que se corrige una anterior, podrá hacerla tanto el propio empresario como cualquier persona en su nombre.

3) En tercer lugar, el empresario tampoco responderá si demuestra que la declaración pública no pudo influir en la decisión del consumidor de adquirir el contenido o servicio digital. Esta condición puede cumplirse en tres supuestos: i) si el empresario demuestra que el consumidor no tenía conocimiento de la declaración pública inicial; ii) si al consumidor no le importaba la declaración pública inicial; iii) aún en el caso de que la

⁵⁸ LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad», cit., p. 1684.

⁵⁹ Al respecto, STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 146, señala que con ello el objetivo que se persigue es garantizar que la corrección llegue al mismo público objetivo que la declaración pública inicial.

declaración pública inicial hubiera sido corregida de una manera que no cumplía con los requisitos del apartado anterior, pero el consumidor en cuestión hubiera tenido conocimiento de la declaración corregida⁶⁰. No obstante, esta excepción se contradice con lo que resulta del art. 61.2 TRLGDCU, el cual señala que «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». Por tanto, nos encontramos, por un lado, con el derecho del consumidor a exigir que el bien/contenido o servicio digital sea conforme al contenido de la oferta, promoción o publicidad hecha por el empresario, mientras que, por otro lado, el TRLGDCU da la posibilidad al empresario de exonerarse de responder por falta de conformidad si demuestra que la declaración pública no pudo influir en la decisión del consumidor de adquirir los contenidos o servicios digitales.

Como es sabido, la buena fe objetiva impone el cumplimiento de todas las declaraciones hechas en la etapa precontractual, ya sea en la publicidad o en la información dada antes de la conclusión del contrato, con independencia de que estas hayan influido o no en el momento de contratar el bien o servicio⁶¹. Por tanto, parece ser que, conforme al art. 61.2 TRLGDCU, el consumidor siempre va a poder exigir que los contenidos o servicios digitales adquiridos se ajusten a las declaraciones que haya hecho el empresario hasta el momento de la celebración del contrato. No obstante, en este contexto, para salvar esta incongruencia, podríamos pensar que el empresario sí podría exonerarse en aquellos casos en que la disociación entre lo declarado y las características de lo efectivamente suministrado fuese tan ínfima que no afectase a la finalidad o funcionalidad del contenido o servicio digital, de tal forma que, de haberlo conocido el consumidor, lo habría adquirido igualmente. En cualquier caso, será el empresario el que deba demostrar esta circunstancia, lo cual no será tarea fácil, ya que la mayoría de los contratos se celebran a distancia y, por tanto, el empresario difícilmente conocerá los motivos por los cuales el consumidor se decidió a adquirir el contenido o servicio digital⁶². No obstante, como hemos afirmado, si bien es cierto que

⁶⁰ *Ibidem*, p. 146.

⁶¹ SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor...», cit., p. 57.

⁶² En cambio, otras veces, como afirma MORALES MORENO, A.M.: «Declaraciones públicas y vinculación contractual...», cit., p. 278, la influencia de la declaración pública en el consumidor podrá probarse sin gran dificultad como, por ejemplo, si el empresario prueba que las condiciones del contrato en cuanto al objeto estaban ya determinadas antes de que se produjeran las declaraciones públicas, o que lo que

habrá que tener en cuenta la decisión que habría tomado el consumidor de haber conocido la disociación entre lo declarado y lo efectivamente suministrado, el foco lo debemos poner en la relevancia de tal disociación hasta el punto de que si resulta extremadamente insignificante, no tendría sentido que el consumidor, conforme a la buena fe, pudiera exigir la aplicación de una medida correctora, sin perjuicio, claro está, del derecho a desistir.

Por último, cabe señalar que se trata de supuestos alternativos y no cumulativos. Así, bastará con que concurra alguno de ellos para que el empresario no quede vinculado por dichas declaraciones públicas⁶³. No obstante, deberá ser el propio empresario quién demuestre que concurre alguna de estas causas de exoneración, es decir, la carga de la prueba debe recaer sobre el empresario-suministrador del contenido o servicio digital.

2.4. El suministro junto con accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir

Por último, los contenidos y servicios digitales deberán suministrarse junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir [art. 115, ter. 1, letra c) TRLGDCU]⁶⁴.

Ni la DCSD ni el TRLGDCU han establecido qué debe entenderse por «accesorios». Sin embargo, podemos entender que se trata de todos aquellos elementos secundarios respecto de los contenidos o servicios digitales que pueden tener impacto en el uso o acceso de los propios contenidos o servicios digitales⁶⁵. Ahora bien, en algunas ocasiones, determinar cuáles son los accesorios que el consumidor puede razonablemente esperar recibir puede resultar un tanto problemático por la falta de concreción. Es evidente que los accesorios como requisito subjetivo, es decir, aquellos que se han pactado contractualmente adquieren un mayor sentido, dado que el empresario puede haber incluido en el contrato la entrega de accesorios que, no siendo necesarios para el funcionamiento del contenido o servicio digital, pueden contribuir a mejorar la experiencia del usuario. En consecuencia, la no entrega de estos accesorios constituiría una falta de conformidad; pero, en el caso de los accesorios

busca el comprador en la cosa es la posibilidad de un uso especial, puesto en conocimiento del vendedor al realizar la compra, que nada tiene que ver con las cualidades que le atribuye la publicidad.

⁶³ LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad», cit., p. 1683.

⁶⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.1, letra c) DCSD.

⁶⁵ LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos para la conformidad», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1665.

como requisito objetivo, esto es, aquellos que no se han establecido en el contrato, pero que el consumidor puede razonablemente esperar recibir, se pueden plantear más problemas. Por ello, en este contexto, para dotar de sentido a los accesorios como requisito objetivo de conformidad, podríamos entenderlos en el sentido de necesarios⁶⁶, es decir, entenderlos como aquellos elementos que, aun siendo secundarios, son necesarios para el buen funcionamiento del contenido o servicio digital y que, por tanto, el consumidor pueda razonablemente esperar recibir, aunque, tal y como ha afirmado una parte de la doctrina⁶⁷, esta referencia a los accesorios puede resultar un tanto superflua, ya que en la obligaciones de dar siempre estará vigente el principio *accessorium sequitur principale*.

Por otro lado, nos parece conveniente hacer referencia al embalaje, el cual no aparece en la DCSD, pero sí en el TRLGDCU como una concreción de los «accesorios». En especial, el art. 115 ter. 1, letra c) TRLGDCU señala que los contenidos y servicios digitales deberán, entre otras cosas, «entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje (...)». No se sabe muy bien si el legislador español se refería solo al embalaje de los bienes de consumo o también al de los contenidos digitales, pues recordemos que la DCSD fue traspuesta al TRLGDCU junto con la DCVB, la cual sí hace referencia expresa al embalaje en su art. 7.1, letra c).

Tiene más sentido que el embalaje se refiera a los bienes de consumo, pero no olvidemos que la DCSD también se aplica a los «contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales (...)»⁶⁸. Por tanto, también puede ser lógico considerarlo aplicable a los contenidos digitales, en especial, a aquellos suministrados en un soporte material⁶⁹. Sin embargo, lo que resulta difícil de

⁶⁶ En sentido similar, STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 148, también considera que el precepto cubre, al menos, aquellos accesorios e instrucciones que sean «necesarios» para que el consumidor acceda o utilice el contenido o servicio digital de acuerdo con su finalidad.

⁶⁷ CORRAL GARCÍA, E.: «La conformidad de la prestación», en AA.VV. *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edits. A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015, p. 467.

⁶⁸ Cdo. 20 DCSD.

⁶⁹ De esta forma lo entiende también STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 149, quien considera que el embalaje es, claramente, algo que el consumidor puede razonablemente esperar cuando adquiere un contenido digital en soporte material como, por ejemplo, cuando adquiere una película en DVD, donde normalmente se suministraría en una caja de DVD estándar para evitar rayones. Por ello, considera que el embalaje forma parte, sin duda, de las expectativas

entender es su conexión con lo que el consumidor puede razonablemente esperar, es decir, ¿cuál es el embalaje que un consumidor puede razonablemente esperar? Seguramente habría tenido más sentido exigir que el embalaje fuera adecuado para garantizar que los bienes/contenidos digitales llegaran al consumidor en las condiciones esperadas y sin daños⁷⁰. Por supuesto, esto será también lo que un consumidor razonablemente esperaría, en cualquier caso, por lo que puede que, en la práctica, no suponga una gran diferencia. No obstante, como ha expresado algún autor⁷¹, vincular el envase a las expectativas razonables de los consumidores podría significar que el envase tuviera que ser algo más que adecuado para que los bienes llegaran de forma segura al consumidor como, por ejemplo, relacionarlo con sus características físicas o materiales, abarcando cuestiones como si el envase fuera o no reciclable.

Por su parte, las instrucciones, en el ámbito de los contenidos y servicios digitales, revisten especial importancia, sobre todo, cuando se trata de instrucciones de instalación⁷², ya que el consumidor no suele tener conocimientos técnicos y, en algunos casos, resulta considerablemente difícil configurar los programas o aparatos con posterioridad a la celebración del contrato. Incluso también pueden resultar necesarias para disfrutar plenamente de la funcionalidad del contenido o servicio digital⁷³. En tal sentido, podría pensarse que lo que ha pretendido el legislador ha sido establecer un criterio conforme al cual el empresario resulte obligado a proporcionar aquellas instrucciones que se consideren necesarias para que un consumidor «medio» sea capaz de instalar o integrar los contenidos y servicios digitales en su entorno digital. Por ello, debe tratarse de instrucciones que sean completas, precisas, claras y comprensibles⁷⁴. En consecuencia, existirá falta de conformidad cuando las instrucciones proporcionadas

razonables del consumidor cuando es necesario preservar y proteger el contenido digital suministrado en un soporte tangible.

⁷⁰ En tal sentido, TORRELLES TORREA, E.: «Las expectativas del consumidor...», cit., p. 857, advierte que, aunque en el contrato no se haya pactado que los bienes –en nuestro caso, contenidos y servicios digitales– hayan de entregarse embalados de una determinada manera, existirá una falta de conformidad si, dadas las expectativas razonables del consumidor el producto no lo está o lo está de forma inadecuada o defectuosa provocando un riesgo en el producto. Así, si se compra un CD, lo normal es que vaya protegido en una caja o funda.

⁷¹ TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods...», cit., p. 64.

⁷² Los arts. 8.1, letra c) DCSD y 115 ter. 1, letra c) TRLGDCU (requisitos objetivos) no hacen referencia expresamente a las instrucciones «en materia de instalación», a diferencia de los arts. 7.1, letra c) DCSD y 115 bis.1, letra c) TRLGDCU (requisitos subjetivos) donde sí hay una referencia expresa. No obstante, la alusión general que hacen los arts. 8.1, letra c) DCSD y 115 ter. 1, letra c) TRLGDCU al término «instrucciones» entendemos que engloba a todas aquellas que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir, incluidas las instrucciones de instalación.

⁷³ CÁMARA LAPUENTE, S.: «El régimen de la falta de conformidad...», cit., p. 36.

⁷⁴ DE CRISTOFARO, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000, p. 129.

adolezcan de defectos esenciales que hagan no solo difícil, sino prácticamente imposible su uso de acuerdo con su propósito. De ahí que el legislador también haya previsto en el art. 115 quater TRLGDCU⁷⁵ que una instalación o integración incorrecta por parte del consumidor, siguiendo las instrucciones del empresario, se considerará una falta de conformidad cuando se deba, precisamente, a deficiencias en las instrucciones de integración o instalación como, por ejemplo, cuando sean incompletas o adolezcan de falta de claridad hasta el punto de que a un consumidor medio le resulte difícil su uso.

3. LA OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PROPORCIONAR LAS ACTUALIZACIONES NECESARIAS PARA MANTENER LA CONFORMIDAD

El proveedor del contenido o servicio digital, además de cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos anteriormente mencionados, debe cumplir con algunas obligaciones adicionales, entre ellas, la de proporcionar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales que, al fin y al cabo, se configura también como un requisito objetivo de conformidad. Hay que tener en cuenta que la actualización de los contenidos y servicios digitales supone una prestación fundamental para que estos sigan funcionando y ofrezcan la seguridad, las cualidades y las características propias de su categoría⁷⁶. En este sentido, el art. 115 ter. 2 TRLGDCU dispone que «El empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales (...)»⁷⁷. La razón de este precepto reside en que los contenidos y servicios digitales muchas veces presentan errores o defectos y, por ello, es necesario que se imponga la obligación de proporcionar actualizaciones que sean necesarias para corregirlos y así garantizar que los contenidos y servicios digitales estén en conformidad⁷⁸. Sin embargo, quedarían excluidas todas aquellas actualizaciones que no fueran precisas para corregir errores o problemas, es decir, para mantener la conformidad del contenido o servicio digital⁷⁹. En tal sentido, no existirá obligación para el empresario de proporcionar

⁷⁵ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 9, letra b) DCSD.

⁷⁶ SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor...», cit., p. 61. En opinión de CORRAL GARCÍA, E.: «Régimen jurídico de los servicios...», cit., pp. 163-164, probablemente este sea el requisito más importante desde el punto de vista práctico, dado que la actualización de los programas de ordenador es esencial para que puedan ser utilizados por los usuarios en todo momento, por lo que si no se procede a dicha actualización por parte del proveedor existirá falta de conformidad.

⁷⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.2 DCSD.

⁷⁸ *Vid.*, en la misma línea, TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods...», cit., p. 69.

⁷⁹ En este sentido, PERFETTI, G.: «Beni con elementi digitali e aggiornamenti nella novellata disciplina dei contratti di vendita b2c», *Jus civile*, 2022, p. 185, señala que se puede distinguir entre aquellas

actualizaciones que pudieran introducir características adicionales que sirviesen para mejorar la experiencia del usuario y que no hubieran sido previstas en los términos del contrato⁸⁰. De ahí que pueda resultar interesante distinguir entre meras actualizaciones y un nuevo producto.

Una de las cuestiones clave para su distinción podría versar sobre los cambios fundamentales en la funcionalidad del producto –y no sólo la adición de una característica ligeramente nueva–, de forma que, si con la nueva actualización, las funciones se han ampliado considerablemente, puede concluirse que estamos ante un nuevo producto y, por tanto, el consumidor no podrá reclamar bajo el amparo de este deber de actualización⁸¹. De la misma forma, tampoco parece razonable que un consumidor pueda exigir actualizaciones para mantener la funcionalidad de un contenido o servicio digital cuando los problemas de funcionalidad se deban a que es el propio consumidor el que ha cambiado de *software* y pretende utilizar el contenido o servicio digital con ese nuevo sistema operativo. En cambio, si con la nueva actualización se pone remedio a una falta de conformidad existente, pero la propia actualización provoca una nueva falta de conformidad, el empresario deberá responder por ello.

Por otro lado, cabe advertir que el deber del empresario consiste en velar por que se «comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones», es decir, la obligación del empresario reside en garantizar que el consumidor esté informado de las actualizaciones necesarias y de asegurarle que las mismas le van a ser suministradas

actualizaciones previstas en el contrato y aquellas actualizaciones correctoras. Las primeras vendrán definidas por el propio contenido del contrato, mientras que las segundas son aquellas que tienen por finalidad mantener la conformidad del contrato, entre las cuales se encuentran las actualizaciones de seguridad. Por su parte, WENDEHORST, C.: «The Update Obligation...», cit., p. 69, advierte que si una actualización (o paquete de actualización) mantiene la conformidad de los contenidos y servicios digitales, pero también incluye cambios que van más allá de lo necesario, una misma actualización podría estar comprendida en los arts. 7 y 8 DCSD (115 bis y 115 ter TRLGDCU), así como en el art. 19 DCSD (art. 126 TRLGDCU). En este caso, el paquete de actualización debería cumplir también los requisitos de los arts. 19 DCSD y 126 TRLGDCU.

⁸⁰ En un sentido similar, SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor...», cit., p. 61, afirma que el empresario será responsable de proporcionar al consumidor las actualizaciones necesarias, pero no así de nuevos contenidos o servicios que constituyan, por ejemplo, una versión más moderna y mejorada. Igualmente, STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 154 afirma que el empresario no tiene la obligación de proporcionar actualizaciones que mejoren el contenido o servicio digital o agreguen funciones si el mantenimiento de su conformidad no lo requiere.

⁸¹ SEIN, K. y SPINDLER, G.: «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services –Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply- Part 1», *European Review of Contract Law*, 2019, vol. 15, núm. 3, p. 370.

para mantener los contenidos y servicios digitales en conformidad⁸². En cambio, no estará obligado a instalar dichas actualizaciones en el entorno digital del consumidor. Cuestión distinta es la que se plantea en el caso de los bienes con elementos digitales. Recordemos que este tipo de bienes se rigen por la DCVB, en cuyo art. 7.3 se dispone que es el «vendedor» y no el «empresario» el que debe velar por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones⁸³. Por tanto, en estos casos, el vendedor no estará obligado a proporcionarle él mismo de forma directa al consumidor la información ni a suministrarle la actualización⁸⁴, sino que su obligación consistirá en garantizar que el consumidor sea informado y provisto de las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los bienes con elementos digitales.

Evidentemente, el legislador es consciente de que, en el caso de los bienes con elementos digitales, lo más habitual es que el vendedor sea una persona distinta del empresario-suministrador del contenido o servicio digital. De esta forma, lo que se ha pretendido es que el vendedor garantice que la información sobre las actualizaciones y las propias actualizaciones lleguen al consumidor⁸⁵. Es por ello por lo que, como afirma

⁸² *Vid.*, en un sentido similar, STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 155, quien afirma que el empresario no está obligado a crear o proporcionar las actualizaciones por sí mismo, sino que su obligación reside simplemente en asegurarse que el consumidor reciba las actualizaciones. Evidentemente, desde nuestra perspectiva, esto ocurrirá cuando quién deba proporcionar la actualización sea un sujeto distinto al proveedor del contenido o servicio digital, en cuyo caso el proveedor-empresario deberá velar o asegurarse de que al consumidor le es suministrada la actualización. En cambio, cuando quien deba suministrar la actualización sea el propio proveedor, la obligación de informar y suministrar recaerá en la misma persona. Es, en estos casos, cuando este precepto sobre actualizaciones adopta un doble enfoque, pues la obligación del empresario de suministrar la actualización se combina con la obligación de informar también al consumidor sobre la disponibilidad de la actualización y las consecuencias de su no instalación.

⁸³ Es importante recordar que el concepto de «empresario» es el término que utiliza la DCSD para referirse al suministrador de los contenidos y servicios digitales.

⁸⁴ TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods...», cit., p. 69. *Vid.*, en el mismo sentido, JANSSEN A.: «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2022, p. 98, el cual considera que ello se debe a que el vendedor no tiene las posibilidades técnicas para proporcionar a los consumidores las actualizaciones o incluso la información necesaria para informarles. En esta misma línea, SCHULTE-NÖLKE, H.: «Digital obligations of sellers of smart devices under the Sale of Goods Directive 771/2019», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Múnich), 2022, p. 50, afirma que el vendedor solo está obligado a «garantizar» que se proporcionen al consumidor las actualizaciones necesarias para mantener los bienes en conformidad. Señala el autor que esta norma parece tener en cuenta la frecuente situación de que el propio vendedor no es el proveedor del elemento digital y, por tanto, normalmente no estará en condiciones de proporcionar a los consumidores las actualizaciones necesarias.

⁸⁵ Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, el vendedor no será un sujeto con suficiente poder como para obligar a suministrar la actualización a quien verdaderamente deba suministrarla (v.gr. productor, desarrollador del software, prestador del servicio digital). En tales casos, al consumidor únicamente le

una parte de la doctrina⁸⁶, un vendedor debería poder cumplir esta obligación, por ejemplo, mediante el envío de un correo electrónico al consumidor para informarle de la existencia de la actualización en el que se incluyese un enlace a un sitio web desde el que pudiera descargarse la propia actualización⁸⁷. Sin embargo, en la práctica, lo más probable es que exista una opción en el contenido o servicio digital para instalar automáticamente las actualizaciones, o que se informe al consumidor de la disponibilidad de una actualización a través de una notificación.

En cualquier caso, hay que advertir de que, en el supuesto de que no se instalen automáticamente o no aparezca una notificación anunciando la disponibilidad de la actualización, el vendedor será responsable de la falta de información sobre la necesidad de instalar la actualización para mantener el contenido o servicio digital en conformidad.

El verdadero problema se presenta con la refundición de ambas Directivas en los mismos preceptos del TRLGDCU, dado que, en el caso que nos ocupa, en concreto en el art. 115 ter. 2 TRLGDCU, se hace referencia únicamente al «empresario» como responsable de comunicar y suministrar al consumidor o usuario las actualizaciones que sean necesarias para mantener la conformidad⁸⁸. Por tanto, para el caso de suministro de contenidos y servicios digitales, la transposición no presenta ningún problema, ya que se ajusta a lo estipulado en la DCSD. En cambio, para el caso de bienes con elementos digitales, no coincide en la DCVB y el TRLGDCU la persona que debe garantizar que se comuniquen y suministren las actualizaciones necesarias. La DCVB indica que debe ser el «vendedor», y el TRLGDCU señala que será el

quedarán los demás remedios por falta de conformidad previstos en la DCVB y el TRLGDCU, esto es, el derecho a la reducción del precio o a la resolución del contrato.

⁸⁶ WENDEHORST, C.: «The Update Obligation...», cit, p. 69.

⁸⁷ Sin embargo, esto en la práctica podría suponer una carga desmesurada para el vendedor, ya que, tal y como señala WENDEHORST, C.: «The Update Obligation...», cit., p. 70, presupone que el vendedor pueda ponerse en contacto con el consumidor de forma fiable, incluso años después de la celebración del contrato, lo cual también podría tener efectos negativos en la protección de los datos personales del consumidor. Por ello, desde nuestra perspectiva, hubiera sido deseable que el legislador hubiese impuesto al fabricante o desarrollador la obligación de velar por que se comunique la información y el suministro al consumidor sobre las actualizaciones, por ejemplo, garantizando que la información sobre la disponibilidad de una nueva actualización aparezca en la pantalla, evitando de esta forma que sea el vendedor o cualquier intermediario el que tenga la carga de asegurarse que al consumidor le ha llegado la información sobre la actualización correspondiente.

⁸⁸ Así lo advierte también CÁMARA LAPUENTE, S.: «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887, p. 7, quien expresa que «al equiparar el régimen de bienes y contenidos/servicios digitales y fijar como único responsable al «empresario» puede haber traicionado quién debe responder por la falta de conformidad derivada de no suministrarse las actualizaciones, que según la Directiva 2019/771 es precisamente «el vendedor», no el «empresario» (...)).»

«empresario»; y esto reviste especial importancia, porque en el esquema de la DCVB el que responde, en primera instancia, de la falta de información o suministro de las actualizaciones, no es el «empresario» o suministrador del contenido o servicio digital, sino el «vendedor». Por tanto, sería conveniente que se revisara el art. 115 ter. 2 TRLGDCU, que se refiere únicamente al «empresario», cuando, en realidad, en lo que respecta a los bienes con elementos digitales, debería hacer referencia también al «vendedor»⁸⁹. Sin embargo, por el momento, serán los tribunales los que deban interpretar el TRLGDCU conforme a la DCVB para que se siga respetando el esquema de responsabilidad previsto por el legislador europeo, el cual, además, en el contexto de los bienes con elementos digitales, es más coherente en la práctica.

3.1. Período durante el cual deben suministrarse las actualizaciones

Las actualizaciones deberán estar disponibles durante un período de tiempo determinado para que el consumidor pueda utilizar los contenidos y servicios digitales en conformidad. De hecho, la obligación del empresario de comunicar y suministrar las actualizaciones necesarias es una obligación permanente, que se puede determinar de dos maneras:

a) En primer lugar, si el contrato prevé el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un periodo determinado de tiempo, el empresario estará obligado a velar por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones durante todo el período en que deban suministrarse los contenidos o servicios digitales [art. 115 ter. 2, letra b) TRLGDCU]⁹⁰. Así, por ejemplo, si el consumidor adquiere una suscripción de un año para acceder a un servicio de almacenamiento en la nube, el empresario estará obligado a proporcionar las actualizaciones que sean necesarias para mantener el servicio digital en conformidad durante el año que dure la suscripción. Como acertadamente ha señalado la mejor doctrina⁹¹, en estos casos, si se estableciera un plazo específico o determinado, ello podría conducir a un resultado indeseable, sobre todo, en aquellos supuestos en los que el contrato se extendiera a lo largo de varios años, de manera que el plazo para

⁸⁹ El precepto podría quedar redactado de la siguiente manera: «En el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el vendedor o empresario, respectivamente, velarán por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad».

⁹⁰ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.2, letra a) DCSD. Por su parte, el Cdo. 47 DCSD establece que «en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales, cuya finalidad es limitada en el tiempo, la obligación de facilitar actualizaciones debe limitarse a ese período de tiempo (...)».

⁹¹ STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 158.

suministrar las actualizaciones expiraría antes del vencimiento del contrato. De la misma forma, también se ha considerado que un plazo que se extendiera más allá del plazo durante el cual debieran suministrarse los contenidos o servicios digitales, conduciría a un resultado inadecuado, dado que los contenidos o servicios digitales tendrían que ser actualizados en un momento en el que el consumidor, según el contrato, ya no tendría derecho a dicha prestación. Por ello, consideramos un acierto la solución adoptada por parte del legislador, el cual ha establecido que la obligación de suministrar las actualizaciones se extenderá única y estrictamente al plazo durante el cual se está obligado a suministrar los contenidos o servicios digitales.

b) En segundo lugar, si el contrato prevé que el contenido o servicio digital se debe suministrar en un acto único o en una serie de actos separados, el empresario deberá velar por que se comuniquen y suministren las actualizaciones durante el período de tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, así como de las circunstancias y naturaleza del contrato [art. 115 ter. 2, a) TRLGDCU]⁹². El suministro de un contenido o servicio digital en un único acto podría ser, por ejemplo, la descarga de un libro electrónico que se almacena en un dispositivo personal, mientras que el suministro en una serie de actos individuales sería, por ejemplo, cuando el consumidor recibe un enlace para descargar un nuevo libro electrónico cada semana. En este sentido, tal y como se desprende del Cdo. 56 DCSD, el elemento distintivo de esta categoría de contenidos o servicios digitales es el hecho de que los consumidores tienen posteriormente la posibilidad de acceder a los contenidos o servicios digitales y de utilizarlos indefinidamente. Por tanto, en estos casos, debemos plantearnos cuál es el periodo durante el cual el empresario estará obligado a velar por que se comuniquen y suministren las actualizaciones necesarias para mantener los contenidos y servicios digitales en conformidad, pues establecer que dicha obligación fuese indefinida resultaría excesivo.

Tanto la DCSD como el TRLGDCU recurren al período que «el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato». Sin embargo, este precepto aún deja muchas incógnitas sin resolver⁹³. Evidentemente,

⁹² *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.2, letra b) DCSD.

⁹³ En este sentido, tal y como han afirmado LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D.: «Smart products – A Focal Point for Legal Developments in the Digital Economy», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Múnich), 2022, p. 19, si bien, por un lado, el legislador se abstuvo de fijar un plazo fijo respecto a la obligación de proporcionar las

deberá estarse al tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, pero esto no nos ofrece con certeza el período de tiempo determinado durante el cual recae esta obligación sobre el empresario.

Por un lado, no existen dudas de que, si nos atenemos a las «circunstancias y naturaleza del contrato», sí que puede resultar más fácil determinar el tiempo durante el cual el empresario estará obligado a proporcionar las actualizaciones, pues quedará obligado por los términos del contrato.

Por otro lado, si bien es cierto que algunas veces se contendrá una cláusula donde se establezca dicha obligación, otras veces el contrato puede no contener nada al respecto. Entonces es necesario establecer el tiempo durante el cual el empresario debe suministrar las actualizaciones para mantener en conformidad los contenidos o servicios digitales. Para una parte de la doctrina⁹⁴, este período de tiempo no debería extenderse más allá del plazo legal de garantía por falta de conformidad. Sin embargo, a nuestro entender, no puede establecerse un período de tiempo con carácter absoluto, pero sí un período mínimo de tiempo durante el cual el empresario esté obligado a proporcionar las actualizaciones necesarias para garantizar la conformidad de los contenidos y servicios digitales, el cual debería coincidir, como mínimo, con el período de responsabilidad por falta de conformidad⁹⁵. De hecho, en este mismo sentido apunta el Cdo. 47 DCSD, el cual señala que «el período durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría ser igual al período de responsabilidad por falta de conformidad o ampliarse más allá del mismo (...)»⁹⁶. La importancia de esta exigencia se acentúa aún más en el caso de contenidos o servicios digitales que, por su propia naturaleza, requieren actualizaciones para funcionar correctamente como, por ejemplo, el caso de una aplicación de navegación GPS⁹⁷. En cambio, como se ha

actualizaciones con tal de ofrecer un cierto grado de flexibilidad, por otro lado, ello va en detrimento de la seguridad jurídica para las partes.

⁹⁴ TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods...», cit., p. 70.

⁹⁵ En este mismo sentido, se pronuncian KALAMEES, P.: «Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation», *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2021, vol. 12, núm. 3, p. 135; y JANSSEN A.: «The Update Obligation...», cit., p. 100. Por su parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «El contrato de compraventa de bienes...», cit., p. 321, señala que, de acuerdo con una interpretación teleológica, esta es la postura más adecuada, aunque la autora advierte que puede generar cierta inseguridad para el vendedor.

⁹⁶ No obstante, conviene incidir en que dicho periodo deberá determinarse conforme a las circunstancias del caso concreto, pues al tratarse de una Directiva de armonización máxima, los legisladores nacionales no pueden transformar las expectativas razonables del consumidor en un plazo de tiempo concreto, pero sí, como hemos defendido, en el establecimiento de un plazo de tiempo mínimo.

⁹⁷ En esta línea, CÁMARA LAPUENTE, S.: «El régimen de la falta de conformidad...», cit., pp. 36-37, expresa que sería deseable introducir una norma que garantizase, al menos, las actualizaciones gratuitas imprescindibles para un funcionamiento «seguro» del contenido digital suministrado como mínimo

advertido por una parte de la doctrina⁹⁸, en muchos otros casos, no existirá la obligación de actualización por no resultar necesaria como, por ejemplo, en los casos de compraventa de fotografías digitales entregadas al consumidor por email.

En cualquier caso, se trata de una obligación que deberá determinarse conforme a las circunstancias del caso concreto, atendiendo a la naturaleza y al tipo del contenido o servicio digital y también al tipo de actualización que deba suministrarse, pues las expectativas del consumidor pueden variar en función de si se trata de una actualización para mantener simplemente la conformidad o de si se trata de una actualización de seguridad cuya obligación podría esperarse que se extendiera más allá del periodo de responsabilidad.

Sin embargo, al hilo de lo anterior, se puede plantear una nueva cuestión. Pueden aparecer problemas cuando el periodo de tiempo razonable durante el cual deban suministrarse las actualizaciones es superior al periodo de responsabilidad del empresario. De esta forma, podría ocurrir que el empresario continuara obligado a proporcionar las actualizaciones ex art. 115 ter. 2, letra a) TRLGDCU, pero el consumidor no pudiera hacer valer las medidas correctoras debido a la expiración del plazo de responsabilidad establecido en el art. 120.1 TRLGDCU. Al respecto, se han propuesto algunas soluciones. Por ejemplo, una parte de la doctrina⁹⁹, aduce que el legislador, en estos casos, debería hacer coincidir el periodo de responsabilidad para las actualizaciones con el periodo durante el cual razonablemente debieran suministrarse las actualizaciones. Otra solución sería idéntica a la anterior, pero extendiendo el periodo de responsabilidad por un periodo de tiempo determinado después de la expiración del periodo de tiempo razonable para suministrar las actualizaciones. Evidentemente, esta solución otorga mayor protección al consumidor. Sin embargo, tal y como ha planteado otra parte de la doctrina¹⁰⁰, y a cuya opinión nos sumamos, el suministro de contenidos y servicios digitales en un único acto combinado con la obligación de suministrar actualizaciones periódicas debería considerarse como un suministro continuo. En consecuencia, la solución aplicable sería la contenida en el art.

durante un período de tiempo (dos años, por ejemplo)». Por su parte, BEALE, H.: «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment*, 2016, p. 27 (consultar en: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/233497/pe_536.493_print.pdf) ya exigía que se proporcionaran al comprador futuras actualizaciones de los contenidos digitales destinadas a alcanzar o mantener sus funcionalidades, por ejemplo evitando problemas de seguridad, de forma automática y gratuita.

⁹⁸ SEIN, K. y SPINDLER, G.: «The new Directive on Contracts...», cit., p. 369.

⁹⁹ JANSSEN A.: «The Update Obligation...», cit. p. 102.

¹⁰⁰ WENDEHORST, C.: «The Update Obligation...», cit., p. 66.

120.2 TRLGDCU¹⁰¹, es decir, el plazo de responsabilidad debería coincidir con el plazo durante el cual deban suministrarse los contenidos y servicios digitales, en este caso, las actualizaciones. Se trata, pues, de una solución que, realizando una interpretación adecuada, ya podemos encontrar en la propia DCSD y el TRLGDCU.

3.2. Supuestos de exención de responsabilidad del empresario por falta de actualización

La obligación de instalar las actualizaciones, en la mayoría de los casos, corresponderá al consumidor. Sin embargo, a pesar de que esta obligación de actualización, propia de los productos digitales, se erige como una cuestión esencial dentro del contrato con el fin de mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales¹⁰², el consumidor debe ser libre de decidir si opta o no por instalar dichas actualizaciones. Ahora bien, si este decide no instalar la actualización, no debe esperar que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes, con lo cual se constituye más bien como una carga del consumidor, que, aunque sea libre de instalar o no la actualización, corre el riesgo de no poder reclamar por la falta de conformidad, cuando la misma se deba a la falta de actualización que él mismo ha decidido voluntariamente no ejecutar.

En esta línea, tanto la DCSD como el TRLGDCU, establecen dos supuestos en los que el empresario estará exento de responder por falta de conformidad cuando la misma sea consecuencia de la falta de actualización. Así, de acuerdo con los arts. 8.3 DCSD y 115 ter. 3 TRLGDCU, en caso de que el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas por el empresario para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se den los dos siguientes supuestos:

a) En primer lugar, cuando el empresario haya informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias para el caso de que el consumidor no la instale. En concreto, de acuerdo con el Cdo. 47 DCSD, el empresario debe informar al consumidor de que la decisión de este último de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales, incluidas las actualizaciones de seguridad, repercutirá en la responsabilidad del empresario por la conformidad de aquellas características de los contenidos o servicios digitales cuya conformidad deban mantener las correspondientes actualizaciones. Por tanto, si bien es cierto que el empresario no está obligado legalmente a informar sobre la disponibilidad de la actualización y las consecuencias de

¹⁰¹ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 11.3 DCSD.

¹⁰² SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor...», cit., p. 61.

su no instalación, la ausencia de dicha información se constituye como un presupuesto, concurriendo el cual, el empresario no podrá eximirse de responsabilidad.

Además, al indicarse de forma literal que el empresario debe informar al consumidor «de la disponibilidad de la información», no parece posible que pueda considerarse cumplido dicho deber por el empresario de una forma breve y rápida en el momento de la celebración del contrato; y mucho menos de forma general, refiriéndose a futuras actualizaciones que pudieran aparecer en el mercado¹⁰³. De esta forma, como acertadamente ha manifestado algún experto en la materia¹⁰⁴, el empresario solamente deberá informar al consumidor si existe alguna actualización que pueda afectar a los contenidos o servicios digitales en el momento en el que la actualización ya esté o vaya a estar próximamente disponible. Por su parte, el contenido obligatorio de la información no se extenderá a todos los detalles técnicos de la actualización, sino que la información que se exige es una simple advertencia sobre la posibilidad de perder los recursos ante cualquier falta de conformidad que se deba únicamente a la no instalación de la actualización.

b) En segundo lugar, el empresario podrá eximirse de responsabilidad cuando el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas por el empresario. De ahí que las instrucciones facilitadas por el empresario deberán ser completas, claras y comprensibles para que un consumidor «medio» pueda instalar la actualización correctamente.

Se trata de dos supuestos cumulativos, es decir, no basta con que el empresario informe al consumidor de que no responderá por la falta de conformidad que se pueda derivar de la no actualización, sino que, además, se exige que la información e instrucciones que el empresario le proporcione sean adecuadas para la correcta instalación de la actualización, dado que si la actualización no se ha instalado correctamente como consecuencia de unas instrucciones que contienen defectos o errores para la instalación, entonces el empresario no podrá eximirse de la falta de conformidad y, en consecuencia, el consumidor podrá hacer uso de las medidas correctoras. No obstante, en cualquier caso, más allá de la diligencia exigible al empresario de informar y proporcionar las instrucciones adecuadas, la obligación de actualización se constituye como una carga para el consumidor, quien asume el riesgo

¹⁰³ LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad», cit., p. 1687.

¹⁰⁴ STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., pp. 161-162.

de no poder reclamar en caso de que no instale la actualización que le hayan suministrado.

Cuestión distinta podría ser aquella en la que el empresario informara y suministrara al consumidor un paquete de actualización mixto, en el cual se combinaran actualizaciones de seguridad con mejoras funcionales o modificaciones en el diseño de la interfaz del usuario. Entonces aquí cabría plantearse la cuestión de si el consumidor debería perder sus recursos respecto a la falta de seguridad si se negase a instalar dicha actualización. A juicio de la mejor doctrina¹⁰⁵, y a cuya opinión nos adherimos, el consumidor debería conservar sus recursos en aquellos casos en los que pudiese demostrar que solo se abstuvo de instalar la actualización de seguridad porque estaba vinculada de manera injustificada e irrazonable a otras modificaciones.

4. LA DECLARACIÓN DEL EMPRESARIO DESTINADA A APARTARSE DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE CONFORMIDAD

Los requisitos objetivos de conformidad, a los cuales hemos hecho referencia en los apartados anteriores, pueden dejar de ser obligatorios si el empresario informa debidamente al consumidor y éste lo acepta expresamente. En este sentido, conforme al art. 115 ter. 5 TRLGDCU, se establece que «No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia»¹⁰⁶. Su justificación reside en que el consumidor no debe tener derecho a reclamar por un defecto que hiciese que los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes si tenía conocimiento de ello antes de celebrar el contrato. Normalmente, ello ocurrirá cuando los contenidos o servicios digitales presenten un defecto concreto, o bien cuando carezcan de alguna característica que presentan normalmente contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pudiera razonablemente esperar.

En términos abstractos, esta posibilidad debe valorarse positivamente, pues puede ocurrir que un consumidor acepte que un contenido o servicio digital presente unas cualidades inferiores a las esperadas por un determinado motivo como, por ejemplo,

¹⁰⁵ WENDEHORST, C.: «The Update Obligation...», cit., p. 82.

¹⁰⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, art. 8.5 DCSD.

porque es más económico¹⁰⁷. Sin embargo, esta excepción en virtud de la cual el empresario puede apartarse de los requisitos objetivos de conformidad, en algunos casos, puede plantear problemas, ya que podrá ofrecer contenidos o servicios digitales cuyas características estén por debajo de lo que razonablemente podría esperar el consumidor; y, si bien es cierto que la normativa exige que el consumidor haya sido informado debidamente y acepte de forma expresa, no es menos cierto que, en la práctica, nos vamos a encontrar, en la mayoría de casos, con contratos que contienen cláusulas predispuestas, donde el consumidor no va a tener posibilidad de negociar las características del contenido o servicio digital y su única opción sea la de adherirse o no al contrato¹⁰⁸. Por ello, es importante advertir del peligro que pueden llegar a suponer este tipo de preceptos –art. 115 ter. 5 TRLGDCU– que, si bien es cierto que, *a priori*, se contemplan como una excepción, en la práctica contractual pueden convertirse en la regla general y, en consecuencia, diluir el carácter objetivo de los parámetros establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 115 ter TRLGDCU¹⁰⁹.

4.1. Condiciones para establecer la excepción a los requisitos objetivos de conformidad

Para que el empresario pueda apartarse de los requisitos objetivos de conformidad se exigen, de acuerdo con el art. 115 ter. 5 TRLGDCU, dos condiciones: a) Que el empresario, antes de la celebración del contrato, informe específicamente al consumidor de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad; y b) Que el consumidor acepte de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato.

Por lo que se refiere al momento en el cual el empresario debe informar al consumidor de dicha divergencia, este debe ser anterior a la celebración del contrato, de forma que, cuando haya de celebrarse el mismo, el consumidor ya sea conocedor de dicha divergencia y, en consecuencia, pueda libremente aceptar o rechazar el contrato¹¹⁰. Sin

¹⁰⁷ GARCÍA GOLDAR, M.: «La seguridad como criterio de conformidad...», cit., p. 484.

¹⁰⁸ Así lo expresa también SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor...», cit., p. 62, quien afirma que dado «que esta exclusión no será en ningún caso negociada, se corre el riesgo de que el empresario abuse de la misma, «sacando» del contrato alguna prestación o cualidad relevante o, al menos, normal para esa categoría de contratos, quedando por tanto exonerado de su cumplimiento (...)».

¹⁰⁹ En este mismo sentido, ARROYO AMAYUELAS, E.: «Relaciones contractuales en la era digital», *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24, p. 6, señala que a través de estos pactos se podría afectar a la esencia misma de la conformidad a base de, por ejemplo, excluir las actualizaciones, lo que limitaría considerablemente una de las principales obligaciones del empresario.

¹¹⁰ Al respecto, como oportunamente advierten PAOLETTI, A. y DI MARZIANONIO, E.: «La conformità al contratto dei beni con elementi digitali e dei contenuti e servizi digitali. Le responsabilità del venditore e

embargo, el precepto no exige que el consumidor sea informado en un soporte duradero, lo que, a nuestro parecer, no merece una valoración negativa: el objetivo que se persigue cuando se proporciona la información en un soporte duradero es garantizar que el consumidor pueda almacenar la información como prueba para cumplir con su deber probatorio; sin embargo, en el caso que nos ocupa, la carga de la prueba recae sobre el empresario, por lo que será este último quien tenga interés en disponer de pruebas de que ha cumplido su deber¹¹¹. Por su parte, la expresión de que el empresario «informe específicamente al consumidor» debe interpretarse en el sentido de que el empresario debe comunicar activamente la información al consumidor de forma suficientemente clara y transparente¹¹².

En la práctica, lo más habitual no será que el consumidor deba aceptar o rechazar la cláusula, sino que se tratará de una opción que, si se rechaza, conllevará la no celebración del contrato, es decir, no se tratará de una cláusula independiente que se puede aceptar o rechazar al margen del resto del contrato, sino que se constituirá como presupuesto para la celebración del mismo en su totalidad. Además, hay que tener en cuenta que el hecho de que la información se refiera a una «determinada característica» de los contenidos o servicios digitales, requiere que el empresario informe concretamente de cuál es la característica afectada, sin que sea suficiente una información abstracta o general. Por tanto, deben quedar claras para el consumidor las implicaciones que supone la ausencia de esta característica, así como que la razón por la que se le informa de la exclusión es que el contenido o servicio digital no cumple con el estándar que en cualquier otro caso podría esperarse. Solo de esta forma, el consumidor podrá tomar una decisión razonable sobre la transacción.

Por otro lado, se exige que se acepte «de forma expresa y por separado»¹¹³. A tal efecto, el Cdo. 49 DCSD señala que «Tal divergencia con dichos requisitos solo debe ser

del fornitore», en AA.VV. *I diritti dei consumatori digitali* (dir. R. TORINO), Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 87, los eventuales acuerdos sucesivos a la conclusión del contrato no serán válidos para derogar los requisitos objetivos de conformidad.

¹¹¹ STAUDENMAYER, D.: «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», cit., p. 164.

¹¹² *Ibidem*, p. 165. El autor señala que dicha exigencia no se cumpliría en aquellos casos en los que el consumidor necesita buscar activamente la información como, por ejemplo, cuando la información se encuentra en un hipervínculo que incorpora otros hipervínculos o si el consumidor necesita desplazarse y buscar el hipervínculo en el sitio web.

¹¹³ Es por ello por lo que, como afirma MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771», *Diario la Ley*, 2019, núm 9461, p. 7, no basta con que el consumidor debiera haber sabido o hubiera debido conocer que el bien tenía una falta de conformidad, sino que será necesario que el consumidor acepte de forma expresa. *Vid.*, en el mismo sentido, ARNAU RAVENTÓS, L.: «Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en AA.VV. *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022, p. 71, quien advierte que la falta de conformidad no desaparece con el conocimiento que de ella tuviese o

posible si el consumidor (...) lo acepta por separado de otras declaraciones o acuerdos y con un comportamiento activo e inequívoco»¹¹⁴. Esto supone que el empresario deberá ofrecerle la posibilidad de aceptar o no tal divergencia de forma separada al resto de las demás cláusulas del contrato, lo cual, como ya hemos dicho, no significa que la no aceptación permita aceptar el resto del contrato.

La aceptación «por separado» quiere decir que debe ser una aceptación separada de otros acuerdos concluidos con el empresario y que debe referirse de forma concreta a la divergencia de que se trate¹¹⁵. Parece ser que el legislador lo que pretende es que se informe al consumidor de forma específica sobre tal divergencia; y, en consecuencia, esto hace recaer en el empresario la responsabilidad de asegurarse de que el consumidor conoce el alcance de su decisión¹¹⁶. En este sentido, con el fin de garantizar que el consumidor sea consciente de que el contenido o servicio digital se ofrece con una característica subestándar, se exige que el empresario le dé la posibilidad de aceptar a través de un comportamiento activo dicha divergencia de forma separada a otros acuerdos e, incluso, al resto del contrato en general.

En cuanto a la forma de aceptación, como señala el Cdo. 49 DCSD, debe ser inequívoca, es decir, se requiere que exista una clara manifestación de voluntad por parte del consumidor de que acepta dicha divergencia, de manera que no existan dudas de que aquel quiso aceptar. Además, dicha aceptación deberá realizarse a través de un comportamiento activo como es, por ejemplo, la marcación de una casilla, de manera que cabe excluir aquellos casos en que las casillas ya vienen marcadas por defecto, dado que, en estos supuestos, no será posible determinar de manera objetiva si el consumidor aceptó expresamente y si dicha aceptación se dio, en todo caso, de manera informada. Aunque, evidentemente, el hecho de que la casilla no venga marcada por

hubiese debido tener el consumidor al tiempo de contratar, sino que, prescindiendo ahora de este conocimiento efectivo o potencial, lo relevante es haber recibido información específica y haberla aceptado expresamente y por separado.

¹¹⁴ Sin embargo, ARROYO AMAYUELAS, E.: «La transformación digital de los contratos de consumo en España», en AA.VV. *Contratación en el entorno digital* (coords. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. PLANA ARNALDOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 36, considera que con el fin de no frenar o desincentivar la entrada de nuevos bienes en el mercado, cuando las características que reúne el contenido o servicio digital en cuestión no sean las del mercado de referencia, no deben acordarse de forma expresa y por separado, sino que será suficiente con que el empresario explique claramente qué tipo de contenido o servicio digital está vendiendo cuando éste se aparte del que, hasta la fecha, era común en el mercado. Por su parte, LUMINOSO, A.: «La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. N. 170/2021)», *Europa e diritto privato*, 2022, núm. 3, pp. 491 y ss., señala que para excluir la responsabilidad del empresario no será suficiente con el fácil reconocimiento o el mero conocimiento de la falta de conformidad, sino que será necesario, en todo caso, un acuerdo de las partes.

¹¹⁵ LETE ACHIRICA, J.: «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad», cit., p. 1689.

¹¹⁶ TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods...», cit., p. 71.

defecto y tenga que ser el consumidor quien la marque de forma activa no significa que necesariamente se haya leído la información que acompaña a dicha casilla. Sin embargo, bastará con que el consumidor *clique* en la casilla para considerar que se ha leído la información, ha aceptado la divergencia y, en consecuencia, no pueda reclamar por falta de conformidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la cantidad de veces que los consumidores y usuarios aceptan los términos de un contrato sin haber leído lo que realmente se acepta¹¹⁷, sería conveniente no sólo exigir una aceptación expresa, sino también obligar a que la información sobre esa «divergencia» fuese lo más clara posible, y con una redacción comprensible para asegurar la toma de conocimiento sobre lo que se está aceptando¹¹⁸. De esta forma, teniendo en cuenta la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos de conformidad, estamos totalmente de acuerdo con lo que afirma parte de la doctrina¹¹⁹ de que más que requisitos objetivos inderogables basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, tanto la DCSD como el TRLGDCU, lo que han hecho ha sido potenciar los deberes de transparencia a cargo del empresario y configurar una suerte de consentimiento reforzado («expreso y por separado», a imagen y semejanza del consentimiento «granular» que se exige para autorizar lícitamente el tratamiento de datos personales del art. 7.3 RGPD) para estos supuestos.

4.2. En especial, la exclusión de la seguridad como requisito objetivo

La declaración de voluntad del empresario –con la consiguiente aceptación expresa por parte del consumidor– que le permite apartarse de los requisitos objetivos de conformidad, puede merecer una valoración positiva, pero, no obstante, es importante reseñar los peligros que puede llegar a acarrear, especialmente, cuando afecta a cuestiones como la seguridad¹²⁰.

¹¹⁷ En palabras de VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 58, lo cierto es que nadie se para a leer las farragosas páginas o explicaciones en las que se recogen los usos y términos del servicio que se pretende contratar. Y, de hacerlo, lo más probable es que la mayoría de los destinatarios no comprendan todos los pormenores sobre las condiciones que se facilitan.

¹¹⁸ GARCÍA GOLDAR, M.: «La seguridad como criterio de conformidad...», cit., p. 488.

¹¹⁹ CÁMARA LAPUENTE, S.: «Un primer balance...», cit., p. 25.

¹²⁰ Así lo advierten también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales», en AA.VV. *Contratación en el entorno digital* (coords. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. PLANA ARNALDOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 316; y DE FRANCESCHI, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 122.

La seguridad se constituye como uno de los requisitos objetivos de conformidad más relevantes¹²¹, ya que un defecto de seguridad puede causar daños importantes al consumidor, no sólo daños patrimoniales, sino también afectar a derechos de la personalidad como la intimidad, el honor o la propia imagen, e, incluso, a la protección de datos. De esta forma, no será lo mismo que el empresario declare que un contenido o servicio digital carece de alguna característica o es de una calidad inferior a la que el consumidor podría razonablemente esperar, que, por ejemplo, si una *App* de compra en línea adolece, en concreto, de un defecto de seguridad, de forma que los datos de la tarjeta de crédito del consumidor queden expuestos a programas maliciosos o programas espía. En este sentido, un supuesto que muchos usuarios, casi con total certeza, han experimentado en el momento de descargar un contenido o servicio digital es el siguiente: advertencia del tipo de «Este tipo de archivo puede dañar tu dispositivo. ¿Quieres descargarlo de todas formas?», ante lo cual el consumidor sólo tiene dos opciones: cancelar o aceptar. La mayoría de los consumidores aceptamos esa casilla confiando en que la utilización del verbo «puede» sólo haga referencia a una consecuencia poco probable¹²², pero, entonces debemos plantearnos qué ocurre si finalmente se produce ese daño. ¿Puede el empresario eximirse de responder por falta de conformidad y de la consiguiente indemnización por daños y perjuicios? En principio, consideramos que la respuesta debería ser afirmativa, dado que la posibilidad de que ocurriera existía y así se le hizo saber al consumidor.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, en la práctica, la mayoría de los usuarios no leen los términos de lo que se está aceptando y, mucho menos, son conscientes de los problemas que se pueden derivar de un defecto de seguridad al descargar un archivo, hubiera sido deseable que el legislador hubiese reforzado el deber de información del empresario para los supuestos en los que pretende advertir de posibles daños que se puedan producir como, por ejemplo, advirtiendo expresamente de que existe una posibilidad real de que el daño se produzca, de las consecuencias o daños que se pueden producir en el entorno digital del consumidor y que, en caso de que el consumidor decida continuar, advertirle que lo hace bajo su propia responsabilidad y que el empresario no responderá por los posibles daños que se puedan producir.

Por último, hay que tener en cuenta que el Cdo. 73 DCSD señala que «el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o

¹²¹ *Vid.*, *supra* apartado 2.3.5.

¹²² GARCÍA GOLDAR, M.: «La seguridad como criterio de conformidad...», cit., p. 488.

servicios digitales»¹²³. No obstante, si el empresario informa debidamente al consumidor de los riesgos que asume y la consiguiente exención de responsabilidad, no existirá falta de conformidad y, en consecuencia, el empresario tampoco estará obligado a responder por los daños y perjuicios que se produzcan.

4.3. Sobre la posible abusividad de la cláusula a través de la cual el empresario se aparta de los requisitos objetivos de conformidad

Esta declaración de voluntad por la que el empresario se puede apartar de un requisito objetivo de conformidad puede colisionar, *a priori*, con las normas sobre cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. En concreto, el art. 86.1, párrafo 2º TRLGDCU establece que serán abusivas «las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad». En este sentido, es evidente que la declaración del empresario, expresada a través de una cláusula del contrato, mediante la cual se aparta de un criterio objetivo de conformidad, puede considerarse nula por abusiva, dado que se trata de una cláusula que está modificando o excluyendo los *estándares* legales sobre la conformidad del contenido o servicio digital establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 115 ter TRLGDCU.

Sin embargo, como ya hemos analizado, hay que tener en cuenta que para que el empresario pueda apartarse de un requisito objetivo de conformidad, se requiere, no sólo su declaración de voluntad, sino que, además, informe debidamente al consumidor y éste acepte de forma expresa y por separado dicha divergencia¹²⁴. En nuestra opinión, esta es la razón por la cual, a la postre, pueden resultar compatibles los arts. 86.1 y 115 ter. 5 TRLGDCU. Es decir, creemos que el legislador en el art. 86.1 TRLGDCU está pensando en considerar que deben ser nulas por abusivas aquellas disposiciones en las que el empresario, a través de una declaración unilateral, impone al consumidor una cláusula que le permite apartarse de su deber de conformidad y, en

¹²³ Cfr. Art. 117.1 TRLGDCU.

¹²⁴ En este sentido, como afirma MATO PACÍN, M.N.: «Los derechos de los consumidores ante la falta de conformidad de bienes y contenidos o servicios digitales tras las Directivas europeas 2019/770 y 2019/771», en AA.VV. *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo: Reflexiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 479-480, el legislador se ha querido asegurar de que el consumidor conoce tales limitaciones y, a pesar de ello, decide contratar. De hecho, como acertadamente apunta la autora, no incluir estas exigencias de información y aceptación hubiera permitido al empresario dejar en papel mojado el sentido de los requisitos objetivos de conformidad simplemente a través de estipulaciones insertadas entre las condiciones generales.

consecuencia, eximirse de responder. En cambio, en el art. 115 ter. 5 TRLGDCU se exige, además de la declaración del empresario, que el consumidor sea informado de la divergencia y la acepte de forma expresa, de manera que, precisamente, esa aceptación de la divergencia con conocimiento de causa por parte del consumidor en el momento de la celebración del contrato es el punto sobre el que debe pivotar la determinación o no de la abusividad de la cláusula.

4.4. Los límites que deben operar para que la exclusión sea efectiva

Es evidente que esta opción que permite al empresario apartarse de algún parámetro de conformidad objetiva, pese a sus ventajas, encierra algunos peligros, sobre todo, si tenemos en cuenta que, en la praxis contractual, estas exclusiones no van a ser negociadas entre las partes, sino que se tratará de cláusulas de adhesión. Por ello, a pesar de que el legislador se haya asegurado de que el consumidor deba aceptar expresamente estas cláusulas, si tenemos en cuenta su falta de conocimientos técnicos en el momento de la celebración del contrato, consideramos necesario proponer algunos límites a esta facultad del empresario:

a) En primer lugar, hay que tener en cuenta que el legislador hace referencia a «una determinada característica». Por tanto, existe un límite cuantitativo, de forma que el empresario no podrá establecer la excepción a los parámetros objetivos de conformidad en más de una característica o cualidad del contenido o servicio digital, lo cual pone de manifiesto el carácter excepcional de la norma¹²⁵.

b) En segundo lugar, el empresario deberá hacer uso de las normas, especificaciones técnicas abiertas, buenas prácticas y códigos de conducta¹²⁶, de manera que deberá quedar sujeto a la normativa aplicable que le corresponda, tanto a nivel nacional, internacional e, incluso, a nivel de un sector industrial específico.

c) En tercer lugar, hay que tener en cuenta que el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en virtud del RGPD puede constituir una falta de conformidad objetiva, ya que se exige que los contenidos y servicios digitales deban poseer las características que son normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar. No obstante, entendemos que el empresario no puede eximirse de cumplir sus obligaciones

¹²⁵ Así lo entiende también DE FRANCESCHI, A.: *La vendita di beni...*, cit., p. 104, quien afirma que la exención debe referirse únicamente a una característica particular del contenido o servicio digital, no siendo posible que se excluya integralmente la responsabilidad del empresario. *Vid.*, en el mismo sentido, PAOLETTI, A. y DI MARZIANONIO, E.: «La conformità al contratto...», cit., p. 87.

¹²⁶ Cfr. Cdo. 50 DCSD.

conforme al RGPD y liberarse de responder por la falta de conformidad que ello suponga, pues como señala el párrafo segundo del art. 114.1 TRLGDCU «El Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, así como la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, se aplicarán a cualesquiera datos personales tratados en las relaciones contempladas en los apartados anteriores, prevaleciendo sus disposiciones en caso de conflicto con lo regulado en este Título.»¹²⁷.

d) Por último, en cuarto lugar, el límite consiste en que no se desnaturalice la finalidad del contenido o servicio digital, es decir, que los contenidos o servicios digitales suministrados sean aptos para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que presenten las cualidades y características de funcionamiento –v.gr. la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad o seguridad– que normalmente tienen los del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, claro está, sin perjuicio de que el empresario se pueda apartar de una «determinada característica» sin que ello afecte a la finalidad del contenido o servicio digital. En definitiva, no cabe que se excluya algún requisito que desnaturalice el contenido o servicio digital, hasta el punto de que no pudiera ser usado por el consumidor conforme a su finalidad normal.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARNAU RAVENTÓS, L.: «Productos digitales en el derecho catalán de contratos», en AA.V. *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022.

ARROYO AMAYUELAS, E.:

– «La transformación digital de los contratos de consumo en España», en AA.VV. *Contratación en el entorno digital* (coords. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. PLANA ARNALDOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

– «Las nuevas directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en AA.VV. *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022.

– «Relaciones contractuales en la era digital», *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24.

BEALE, H.: «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment*, 2016.

¹²⁷ Cfr. Art. 3.8 DCSD.

CAMACHO PEREIRA, C.: *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

CÁMARA LAPUENTE, S.:

– «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887.

– «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3.

– «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 4/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, núm. 11.

CAPILLI, G.: «Garanzie e rimedi nelle vendite ai consumatori», en AA.VV. *I contratti del consumatore* (dir. G. CAPILLI), Giappichelli, Torino, 2021.

CASTILLA BAREA, M.: «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en AA.VV. *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022.

CORRAL GARCÍA, E.: «La conformidad de la prestación», en AA.VV. *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edits. A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015.

DE CRISTOFARO, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000.

DE FRANCESCHI, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 770.

GARCÍA GOLDAR, M.: «La seguridad como criterio de conformidad objetivo en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en AA.VV. *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional* (dirs. J.J. HINOJOSA TORALVO, J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, I. CRUZ PADIAL y C. TIRADO ROBLES), Reus, Madrid, 2022.

GEIREGAT, S. & STEENNOT, R.: «Proposal for a directive on digital content: Scope of application and liability for a lack of conformity», en AA. VV. *Digital content & distance sales: new developments at EU level* (dirs. I. CLAEYS, I y E. TERRYIN), Intersentia, Cambridge (Reino Unido), 2017.

GÓMEZ POMAR, F.: «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE», en AA.VV. *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dirs. F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales», en AA.VV. *Contratación en el entorno digital* (coords. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. PLANA ARNALDOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

JANSSEN A.: «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2022.

JUÁREZ TORREJÓN, Á.: «Garantía en la venta de bienes de consumo y servicios posventa», en AA.VV. *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual* (coords. M. J. SANTOS MORÓN y M^a.N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022.

KALAMEES, P.: «Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation», *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2021, vol. 12, núm. 3.

LETE ACHIRICA, J.:

– «Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales», en AA.VV. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

– «Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos para la conformidad», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

– «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad», en AA.VV. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LLAMAS POMBO, E.: «La falta de conformidad en la venta de consumo», en AA.VV. *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo: Reflexiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LOHSSE, S., SCHULZE, R. y STAUDENMAYER, D.: «Smart products – A Focal Point for Legal Developments in the Digital Economy», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2022.

LOOS, M., HELBERGER, N., GUIBAULT, L., y MAK, C.: «The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law», *European Review of Private Law*, 2011, núm. 6.

LUMINOSO, A.: «La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. N. 170/2021)», *Europa e diritto privato*, 2022, núm. 3.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

- «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771», *Diario la Ley*, 2019, núm 9461.
- «Comentario al art. 116 TRLGDCU», en AA.VV. *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MATO PACÍN, M.N.: «Los derechos de los consumidores ante la falta de conformidad de bienes y contenidos o servicios digitales tras las Directivas europeas 2019/770 y 2019/771», en AA.VV. *Seguridad y conformidad en el Derecho de Consumo: Reflexiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MORALES MORENO, A.M.: «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, vol. 52, núm. 1.

MUÑOZ RODRIGO, G.: *La falta de conformidad como incumplimiento del vendedor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad en la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.

PAOLETTI, A. y DI MARZIANTONIO, E.: «La conformità al contratto dei beni con elementi digitali e dei contenuti e servizi digitali. Le responsabilità del venditore e del fornitore», en AA.VV. *I diritti dei consumatori digitali* (dir. R. TORINO), Pacini Giuridica, Pisa, 2023.

PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU», en AA.VV. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992.

PERFETTI, G.: «Beni con elementi digitali e aggiornamenti nella novellata disciplina dei contratti di vendita b2c», *Jus civile*, 2022.

PERROTTA, S.: «Informazione e pubblicità di beni con elementi digitali e dei contenuti e servizi digitali», en AA.VV. *I diritti dei consumatori digitali* (dir. R. TORINO), Pacini Giuridica, Pisa, 2023.

SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4.

SCHMIDT-KESSEL, M., YOUNG, L., BENNINGHOFF, S., LANGHANKE, C. y BAYREUTH, G. R.: «Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, vol. 8, núm.1.

SCHULTE-NÖLKE, H.: «Digital obligations of sellers of smart devices under the Sale of Goods Directive 771/2019», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2022.

SEIN, K. y SPINDLER, G.: «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services –Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply- Part 1», *European Review of Contract Law*, 2019, vol. 15, núm. 3.

STAUDENMAYER, D.:

– «Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770», en *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

– «Comentario al art. 7 Directiva (UE) 2019/770», en AA.VV. *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

– «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», en AA.VV. *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

TORRELLES TORREA, E.: «Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 1.

TWIGG-FLESNER, C.: «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services», en AA.VV. *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Dykinson, Madrid, 2023.

WENDEHORST, C.: «The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer», en AA.VV. *Smart Products* (dirs. S. LOHSSE, R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2022.

YANGUAS GÓMEZ, R.: «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», en AA.VV. *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* (coords. S. CÁMARA LAPUENTE y E. ARROYO AMAYUELAS), Civitas, Navarra, 2012.

Fecha de recepción: 16.11.2024

Fecha de aceptación: 22.03.2025