

Contratos de suministro de
contenidos digitales: ámbito de
aplicación y visión general de la
Propuesta de Directiva de
9.12.2015

Gerald Spindler

Catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Económico, Derecho Comparado y de las
Telecomunicaciones
Universidad de Göttingen

*Abstract**

En diciembre de 2015, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva sobre los contratos de suministro de contenidos digitales como parte de su agenda digital. La propuesta es pionera en múltiples aspectos y comprende todo tipo de servicios distintos, desde las descargas de música hasta las redes sociales. Este artículo analiza la propuesta de la Comisión respecto a su amplio ámbito de aplicación y a su su renuncia a regular particulares tipos contractuales.

In December 2015, the European Commission made a proposal for a Directive on contracts for the supply of digital content as a part of its digital agenda. The proposal breaks new ground in multiple ways, encompassing all kinds of different services, from music downloads to social networks. This article analyses the Commission's proposal with respect to its broad scope of application and departure from regulating particular types of contract.

Title: Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach of Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content

Palabras clave: contenido digital, servicios, contrato, suministro, mercado único digital, armonización máxima, datos personales, protección del consumidor

Keywords: digital content, services, contract, supply, digital single market, maximum harmonization, personal data, consumer protection

* Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, con referencia DER2012- 37206 (*Derecho privado europeo: más allá de los ámbitos ya armonizados*), IP prof. Sergio Cámara Lapuente, del que el autor es miembro. Tiene su base en la intervención en el Seminario Internacional *Mercado único digital europeo y protección de los consumidores*, Universidad de La Rioja, 11 marzo 2016. La traducción del original en inglés ha sido realizada por Sergio Cámara Lapuente.

Sumario

1. **Introducción**
2. **Visión general**
 - 2.1. **Armonización máxima**
 - 2.2. **Ausencia de tipología contractual**
 - 2.3 **Subsidiariedad**
3. **Ámbito de aplicación**
 - 3.1. **Contenido digital**
 - 3.2. **Ámbito de aplicación subjetivo**
 - 3.3. **Contenido digital gratuito**
 - 3.4. **Servicios y áreas excluidas**
4. **Tiempo y lugar del suministro (art. 5 PDCDig.)**
5. **Conclusión**
6. **Tabla de jurisprudencia citada**
7. **Bibliografía**

1. *Introducción*

La Agenda Digital, como uno de los pilares básicos de la Estrategia 2020 de la Comisión Europea, ha ido tomando velocidad constantemente y está comenzando a tomar una forma más concreta. Mientras los intentos de la Dirección General (DG) CONNECT de reformar el Derecho de propiedad intelectual europeo desencadenaron intensas controversias y, por tanto, han sido pospuestos¹, la DG de Justicia ha presentado dos nuevas propuestas el 9 de diciembre de 2015: una aborda el objetivo de la protección del consumidor respecto al suministro de contenido digital² y la otra se refiere a los contratos en línea y otras ventas a distancia de bienes³. Aunque la segunda propuesta plantea en la práctica cambios importantes, como prolongar la presunción de falta de conformidad con el contrato desde los seis meses a los dos años (art. 8.3, considerandos 22 y 23), la propuesta “Directiva relativa a ciertos aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales” (PDCDig., en adelante) es mucho más importante debido a su amplísima aplicación y a su enfoque legal innovador. El marco regulatorio propuesto –que se inspira en la

¹ COMISIÓN EUROPEA (2015), *Hacia un marco de derechos de autor moderno y más europeo. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones*, Bruselas, 9 de diciembre de 2016, COM(2015) 626 final (disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>). La comisión no ha abandonado enteramente este proyecto, sin embargo. Véase ID., p. 12.

² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287 (COD), disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-634-ES-F1-1.PDF>

³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, COM(2015) 635 final, 2015/0288 (COD), disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-635-ES-F1-1.PDF>.

(no exitosa finalmente) Propuesta de Reglamento sobre un Derecho Común Europeo de Compraventa (CESL, en adelante)⁴ así como en algunos estudios preparatorios⁵– tiene el potencial de producir un cambio radical en la tradicional tipología de contratos de muchos Estados Miembros.

La siguiente aportación pretende describir y analizar la propuesta de la Comisión, centrándose en el destacablemente amplio ámbito de aplicación y en su enfoque básico. La cuestión, altamente problemática, de los remedios para el consumidor, la indemnización por daños y otros derechos como la resolución se abordan en el artículo de Sergio CÁMARA LAPUENTE en este número de InDret⁶.

2. *Visión general*

2.1. Armonización máxima

A pesar del carácter omnicompreensivo y vinculante de reglas precisas del marco legal propuesto, la Comisión ha decidido no hacer uso de su competencia para aprobar un reglamento, sino que en cambio, ha propuesto una Directiva de armonización plena para facilitar la transposición en los Derechos civiles nacionales (art. 4 y considerando 5 PDCDig.)⁷. A la luz del amplio ámbito de aplicación de la propuesta, este enfoque es sin duda la mejor forma de conseguir el fin legislativo evitando fricciones con muchos de los preexistentes sistemas de los Estados Miembros sobre los distintos tipos de diferentes contratos (aunque **una transposición tal cual** puede, seguramente, ser una opción factible para muchos Estados). Por otra parte, la naturaleza de armonización máxima de la Directiva parecía ser necesaria debido a la incipiente perspectiva de un incremento en la fragmentación de las normas sobre contenidos digitales en Europa, pues la *UK Consumer Rights Act 2015* es sólo un ejemplo de la reciente actividad nacional en este campo⁸. Además de proteger el Mercado Único Europeo (art. 114 TFUE), la Comisión también persigue completar sus esfuerzos para potenciar el *European Cloud Computing* como parte de su Estrategia del Mercado

⁴ Exposición de Motivos de la PDCDig., p. 2. COMISIÓN EUROPEA (2011), *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, Bruselas, 10.10.2011, COM(2011) 635 final (disponible en <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/commonsaleslaw/regulationsaleslawen.pdf>). Para un estudio detallado de los cambios propuestos en el CESL, véase LOOS (2013) y ARNERSTÅL (2015, p. 884)

⁵ LOOS *et. al.* (2011a); LOOS *et al.* (2011b).

⁶ Véase también SPINDLER (2016a, en prensa); para un análisis más profundo sobre el tratamiento del contenido digital en distintos Estados miembros, SPINDLER (2016b, en prensa).

⁷ Exposición de motivos de la PDCDig., p. 7.

⁸ La *Consumer Rights Act* entró en vigor el 1 de octubre de 2015; su parte 1^a, capítulo 3 regula el contenido digital. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga20150015en.pdf>. Otros Estados Miembros, como los Países Bajos ha aprobado o están aparentemente a punto de aprobar similares leyes. Vid. Exposición de Motivos de la PDCDig., p. 3.

Único Digital⁹, que cuenta con el apoyo del “Grupo de Expertos sobre contratos de *cloud computing*”¹⁰.

2.2. Ausencia de tipología contractual

Esto nos lleva a uno de los aspectos más importantes de la propuesta: la ausencia de cualquier distinción tipológica entre los distintos tipos de contratos y su enfoque primordial al regular abstractamente deberes generales y remedios. A diferencia de la normativa anterior, como la Directiva sobre garantías en las ventas de bienes de consumo¹¹, la propuesta evita deliberadamente diferenciar entre distintos tipos de acuerdos contractuales, v. gr., contratos de compraventa o de servicios, para evitar que la nueva Directiva quede desfasada por el rápido desarrollo tecnológico y el alto nivel de innovación y evolución de los nuevos modelos de negocio en el mercado digital¹². Así, la propuesta no se limita sólo a datos o a contenido protegido por la propiedad intelectual, sino que comprende todo tipo de aspectos del suministro de contenidos digitales, incluyendo los servicios anejos y otras combinaciones de distintas obligaciones contractuales que se presentan con el suministro de contenidos digitales. Además, la propuesta incluye no sólo los contratos concluidos a cambio de un precio en dinero, sino también aquellos contratos concertados a cambio del acceso a datos (personales)¹³.

Esto es ciertamente un paso en la dirección adecuada¹⁴, aunque también trae consigo varias dificultades a la hora de trazar una delimitación fiable de su aplicación, lo cual se abordará más adelante. Por otra parte, incluso aunque la PDCDig. se concentra en la armonización máxima, no impide a los Estados Miembros transponerla en distintos tipos contractuales, tales como compraventas, servicios, etc. u optar por un enfoque *sui generis*, de manera que pueden persistir aún diferencias sustanciales debido a la forma de implementar la PDCDig.¹⁵

2.3 Subsidiariedad

⁹ Exposición de Motivos de la PDCDig., pp. 4 y 8.

¹⁰ *Expert Group on Cloud Computing Contracts*, constituido por la Comisión Europea el 18 de junio de 2013. Para información detallada sobre la composición del grupo, sus objetivos y las actas de sus reuniones, véase <http://ec.europa.eu/justice/contract/cloud-computing/expert-group/indexen.htm>.

¹¹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOUE, J L 171, 7.7.1999, p. 12), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=ES>.

¹² El art. 5.b CESL ya seguía un enfoque similar centrado en los contenidos.

¹³ Art 3.1 PDCDig., cdo. 13 PDCDig.

¹⁴ El concepto de datos personales como “precio” del suministro de contenidos digitales puede verse también en el art. 5.b CESL; *vid.* ZECH (2015).

¹⁵ También criticado por MAK (2016, pp. 12-13)

Aunque la propuesta sea en general amplia en su ámbito, también se asegura de excluir otras áreas legislativas para evitar fricciones con el Derecho europeo y nacional. No trata cuestiones relacionadas con los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual (considerando 21 PDCDig.) ni de las reglas generales sobre la formación del contrato (art. 3.9 y considerando 22 PDCDig.)¹⁶. De hecho, la propuesta cuenta con su propia versión particular del principio de subsidiariedad, cuando afirma que el conflicto entre cualquiera de sus reglas y otro acto de la Unión que regule un específico sector o materia hará inaplicable aquella regla (art. 3.7 PDCDig.). Así, la Directiva no tiene influencia en cuestiones como las medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual (*Digital Rights Management Systems* o DRM, art. 6 de la Directiva sobre la sociedad de la información), la doctrina del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual o las excepciones y límites a los derechos de reproducción (art. 5.2 y 5.3 de la Directiva sobre la sociedad de la información)¹⁷. Así, importantes cuestiones para los consumidores, como el derecho a revender o a instalar el contenido digital en otro dispositivos, se dejan intactas¹⁸.

Sin embargo, incluso este enfoque cauto puede dar lugar a ciertas fricciones e incongruencias. Si se toma como ejemplo el art. 8 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, en adelante)¹⁹, que, en términos generales, permite el tratamiento de datos personales de menores que tengan al menos 16 y lo hubiesen consentido²⁰, en cambio la protección de PDCDig. sólo se aplica una vez que el contrato ha sido realmente celebrado, lo cual requiere usualmente el consentimiento del titular de la patria potestad hasta la edad de 18 años. Si ese consentimiento no se presta, el menor puede contar sólo con remedios nacionales, que varían en niveles de efectividad, al menos en relación con sus datos no personales²¹.

3. *Ámbito de aplicación*

Como se ha mencionado antes, uno de los principales rasgos de la propuesta es su

¹⁶ Exposición de Motivos de la PDCDig., pp. 5-6.

¹⁷ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:ES:PDF>.

¹⁸ Criticado también por BEALE (2016, p. 27).

¹⁹ Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) de 8.4.2016, Insterinstitucional 2012/0011 (COD), Nr. 5419/16, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST54192016INIT&from=ES>.

²⁰ El art. 8.1 RGPD incluso permite a los Estados miembros que la edad para consentir comience a los 13 años.

²¹ En los contratos de licencia en las redes sociales pueden plantearse similares problemas.

excepcionalmente amplio ámbito de aplicación, que pretende cubrir prácticamente todo tipo de contratos relacionados con el contenido digital.

3.1. Contenido digital

El criterio esencial de la propuesta es el concepto de contenido digital, definido en el art. 2.1 PDCDig. Éste incluye todo tipo de contenidos digitales, tales como “vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de *software*” (art. 2.1.a PDCDig.)²². Yendo más allá que el anterior concepto de la Propuesta de Reglamento CESL, incluye también todos los servicios relacionados que permiten “la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor”, así como “compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio”. De esta forma, la propuesta va mucho más allá, al abarcar la adquisición o uso del contenido digital que –dependiendo del Estado Miembro y de la naturaleza individual de cada contrato– puede calificarse como contrato de compraventa, de servicio o de arrendamiento. En lugar de esto, la noción de “contenido digital” incluye a propósito todo tipo de servicios relacionados con el contenido digital, cubriendo así servicios como el *cloud computing*, las redes sociales y medios como *Facebook* o *Twitter*, comercio electrónico y plataformas de comercialización como *Amazon* o *eBay*, buscadores como *Google*, portales de blogs, sistemas de almacenamiento de datos, suministros en línea en tiempo real (*web-streaming*) o archivos de modelado visual para impresoras en tres dimensiones²³. Sin embargo, la propuesta excluye servicios que usan el formato digital sólo como una vía de transmisión, pues los servicios reales se prestan preponderantemente mediante intervención humana (art. 3.5.a, considerando 19 PDCDig.). Así, mientras plataformas de interpretación como *AirBNB* o *Uber* están en sí mismas sometidas a la propuesta, las personas que prestan a la postre los servicios físicamente por supuesto no lo están.

Además del contenido digital originalmente pre-generado por un proveedor, la Propuesta de Directiva también pretende cubrir cualquier contenido personalizado para un consumidor (considerando 16 PDCDig.), así como cualquier contenido generado por el propio consumidor (considerando 15 PDCDig.). Mientras la primera categoría incluye los programas de ordenador individualizados, las bases de datos expertas²⁴ y los modelos para impresoras 3D hechos a medida, la última parece extender el ámbito de aplicación incluso a fotos o vídeos personales, *tweets* o valoraciones de cliente (*ratings*). Sin embargo, las obligaciones contractuales del proveedor y los remedios establecidos en la propuesta están obviamente diseñados para ser aplicados a los servicios prestados para este contenido y no al contenido original mismo.

La restricción más trascendental (y potencialmente más problemática) al vasto enfoque de la Comisión de resultar todo tipo de contenido digital puede encontrarse en alguna medida

²² Desde la perspectiva de Estados Unidos, véase KIM (2010, p. 1598).

²³ *Vid.* también cdo. 11 PDCDig. con varios ejemplos.

²⁴ En relación con la regulación de los sistemas médicos expertos, *vid.* NGUYEN (1994, p. 1187 y ss.).

escondido en el considerando 11 de la PDCDig., que excluye todos los contenidos digitales insertados para operar como parte integrante de un bien, aunque el elemento está subordinado meramente a respaldar las principales funcionalidades de un bien. Este concepto en buena medida vago de “sistemas integrados” (*embedded systems*) está llamado a producir varias cuestiones de clasificación en el futuro²⁵: ¿el programa de ordenador que controla un sistema es una parte subordinada o accesoria del producto en su conjunto si éste no puede ser usado sin aquél? ¿Qué ocurre con un televisor inteligente (*smart TV*), que cada vez ofrece más servicios en línea, algunos de los cuales no están “integrados” en sentido estricto, pero toleran actualizaciones de *firmware* o aplicaciones adicionales? ¿Por qué se hace depender de la integración secundaria de un sistema si está cubierto o no por la PDCDig.?

Lo mismo cabe decir para el “internet de las cosas”, que es excluido de la propuesta para abordar las materias relativas a la responsabilidad y los contratos de máquina a máquina mediante una Directiva aparte. Sin embargo, la propuesta ni intenta definir el concepto, ni ofrece una justificación de por qué los datos usados comercialmente o el *software* de control relacionado con el internet de las cosas no estarán sometidos a la Directiva propuesta. Después de todo, no hay ninguna razón por la que el proveedor de una *app* separada diseñada para controlar aplicaciones domóticas o coches no debiera ser responsable de acuerdo con los parámetros de la Directiva²⁶. Estas cuestiones ejemplifican un problema fundamental pero difícilmente soslayable del enfoque de la Comisión consistente en abordar una amplia variedad de contratos relacionados con el contenido digital: en tanto que el amplio ámbito de aplicación exonera al legislador de estar constantemente adaptando el marco legal a los nuevos desarrollos tecnológicos y evita a los tribunales asumir la incómoda posición de colmar creativamente las lagunas, también es terreno abonado a crear dificultades en la fijación de los límites más apropiados en sus contornos²⁷.

Por otra parte, la propuesta resuelve satisfactoriamente otro problema que ha causado cierto revuelo en otros contextos²⁸. Según el art. 3.3 PDCDig., la Directiva también se aplicará a todo soporte duradero que sirva de mero transmisor del contenido digital (por ejemplo, CDs/DVDs, etc.) y no sólo a los contenidos directamente suministrados a través de internet. En consecuencia, los soportes físicos de datos no estarían sometidos ya a la Directiva 99/44 de garantías en la venta de bienes de consumo, sino que se encuadrarían en las nuevas reglas de la PDCDig. sobre la inversión de la carga de la prueba y otros parámetros, con independencia de la forma en que esos

²⁵ Véase también MAK (2016, p. 8); para un análisis de los problemas de clasificación antes de la PDCDig., *vid.* HELBERGER *et al.* (2013).

²⁶ Sobre las dificultades de clasificación y los Derechos más antiguos, *vid.* SIMPSON (2001, p. 73).

²⁷ Cfr. también MAK (2016, p. 9).

²⁸ MAŃKO (2015); plantea la pregunta de si el CESL hubiera resuelto los problemas de los consumidores HELBERGER *et al.* (2013); respecto a los contratos de consumo sobre contenidos digitales, en general, *vid.* LOOS *et al.* (2012)

soportes hubiesen sido distribuidos²⁹. Como la propuesta no regula en modo alguno el Derecho de propiedad intelectual³⁰, cuestiones relacionadas, como la compleja e incoherente aplicación de la doctrina del agotamiento en los contextos *on line* y *off line*, siguen sin ser resueltas y continuarán acaparando recursos judiciales³¹.

3.2. Ámbito de aplicación subjetivo

La propuesta circunscribe explícitamente su aplicación a las relaciones entre consumidores y empresarios (o, en este contexto, “proveedores”), adoptando de esa manera el ámbito de aplicación personal tradicional de las normas anteriores sobre protección de los consumidores y excluyendo otros grupos, tales como las pequeñas y medianas empresas. En consecuencia, también asume los problemas tradicionales aparejados a la definición de esas nociones, en particular, el problema bien conocido del “doble uso”³². Cabe destacar, a este respecto, lo difícil que es para el proveedor determinar el uso pretendido para los contenidos digitales, v. gr., un programa informático para procesar textos, que frecuentemente se usa tanto para fines privados como profesionales. Si bien las auto-declaraciones voluntarias de los consumidores y otros instrumentos pueden ayudar en algunos casos, no sirven para resolver el problema en su esencia y en su conjunto.

Como el ámbito subjetivo de la PDCDig. se limita a las relaciones entre consumidores y proveedores³³, no se extiende además a las relaciones del consumidor con terceras partes, notoriamente con los titulares de los derechos de propiedad intelectual, cuyas relaciones con los consumidores se basan en las extendidas licencias de usuario final (*End User License Agreements* o EULA)³⁴. Mientras que el proveedor –por ejemplo, un prestador de servicios de *cloud computing* o

²⁹ Véanse los cdos. 12, 13, 20 y 50 PDCDig.; en concreto, en el cdo. 20 se afirma que cuando, en virtud de un contrato o de una serie de contratos, el proveedor ofrezca contenidos digitales en combinación con otros servicios, que no funcionen simplemente para transferir los contenidos digitales, la nueva Directiva solo se aplicará a los contenidos digitales.

³⁰ Cdo. 12 PDCDig.

³¹ El TJUE está a punto de resolver un caso relativo al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual de prestaciones *on line* que no son programas de ordenador: *vid.* asunto C-174/15 (caso *Vereniging Openbare Bibliotheken*). Los tribunales alemanes han sido hasta la fecha reticentes a aceptar ese agotamiento del derecho de distribución: *vid.* en relación con libros electrónicos, *OLG Hamburg* (en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR-RR]* 2015, pp. 361 y ss., n. 30; eBook-AGB); con audiolibros, *OLG Hamm* (*Multimediarrecht*, 2014, p. 689 y ss.; Hörbuch-AGB). Sobre programas informáticos, *vid.* STJUE de 3 de julio de 2012 (*UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, asunto C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407) y, al respecto los comentarios de HEYDEN a *UsedSoft* (2014, p. 232; 2011, p. 305 ss.) y a las decisiones del BGH (2015, p. 530).

³² *Vid.* STJUE de 20 enero 2005, *Johann Gruber v. Bay Wa AG*, asunto C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32.

³³ Lo cual es criticado por BEALE (2016, p. 28 y ss.), quien defiende un instrumento opcional para pequeñas y medianas empresas.

³⁴ No es cuestión pacífica, sin embargo, si el acuerdo de licencia realmente tiene eficacia directa entre el consumidor y el titular de los derechos de propiedad intelectual (“*click-wrap*”, etc.): GATT (2002); BAKOS/MAROTTA-WURGLER/TROSSEN (2014); HOROWITZ (2012). Sobre la relación entre propiedad intelectual y protección del consumidor, *vid.* MENELL/SCOTCHMER (2016).

un distribuidor de programas de ordenador- puede ser responsable cuando venda o dé acceso al contenido digital, la propuesta de Directiva no tendrá repercusión en las excepciones de responsabilidad y otras limitaciones contenidas en la licencia de uso que blindada al titular de los derechos de propiedad intelectual de rendir cuentas ante el consumidor. Sin embargo, si la licencia de uso del proveedor recaba datos personales del consumidor sería discutible si el contenido digital (programas informáticos, libros electrónicos, etc.) quedaría cubierto por la PDCDig.³⁵

3.3. Contenido digital gratuito

Otra novedad de la propuesta (que estaba, sin embargo, ya parcialmente en el CESL)³⁶ es su aplicación a los contratos de suministro de contenidos digitales a cambio de una contraprestación no dineraria en forma de datos personales o de otros datos (art. 3.1, considerando 13 PDCDig.). Aunque el contenido digital parece ser “gratuito” a primera vista, está totalmente justificado extender a esos contratos la protección al consumidor de la Directiva, porque el consumidor puede no obstante tener un interés legítimo en que ese contenido o esos servicios estén exentos de defectos y porque los proveedores no habrían ofrecido seguramente el contenido sin los beneficios que a ellos les pueden reportar los datos del consumidor.

Esto último no se aplica, sin embargo, a situaciones en las que el suministrador recaba los datos necesarios para que el contenido digital funcione de conformidad con el contrato (v. gr., para fines de localización geográfica) o para el fin (único) de cumplir requisitos legales (v. gr., para fines de seguridad e identificación exigidos por la ley aplicable), que es por lo que esos supuestos no caen en el ámbito de la PDCDig. (art. 3.4, considerandos 13 y 14 PDCDig.)³⁷. Aunque esta distinción es en cierta manera bastante clara, presenta sin embargo algunas áreas ambiguas. Tomemos por ejemplo servicios con contenido generado por los usuarios como *Wikipedia*: aunque los usuarios facilitan efectivamente datos personales a cambio de usar el contenido digital del sitio³⁸, se podría argumentar que *Wikipedia* necesita los datos sólo para enlazarlos con la historia de la versión del artículo y, por tanto, sólo para los fines necesarios para hacer que su servicio funcione de conformidad con el contrato. Si, en cambio, no se aplicara la propuesta Directiva a los artículos generados por los usuarios, esta calificación comportaría varios problemas dado el particular servicio que la *Wikipedia* presta; en particular, respecto a su obligación de destruir los datos personales, que haría difícil entender y comparar el curso de los debates en los que el usuario tomó parte. Cuestiones como esas también han quedado sin resolver en otros contextos, como, por ejemplo, respecto a los futuros efectos del art. 17.3.d RGPD.

³⁵ Véase también BEALE (2016, p. 13 y ss.).

³⁶ Véase el cdo. 9 del CESL.

³⁷ Estas previsiones guardan semejanza con el art. 6.1.2 RGPD. Sin embargo, si el proveedor realiza un tratamiento de los datos de cualquier otra manera o los usa con otros fines comerciales la excepción deja de aplicarse.

³⁸ Al menos los usuarios que crean una cuenta tienen que facilitar a *Wikipedia* su dirección IP personal.

Al margen de estas materias, la propuesta de la Comisión también incluye otras excepciones a la aplicabilidad de la PDCDig. a los contenidos “gratuitos”, que pueden no resultar excesivamente ambiguos, pero que podrían conducir a algunos resultados interesantes. En primer lugar, la Directiva no se aplicará a los supuestos en que el consumidor no facilite “activamente” datos al suministrador, es decir, sin una inscripción individual o sin dar explícitamente acceso a los datos del consumidor³⁹. Así, formas clásicas de contenidos digitales gratuitos como datos de acceso abierto (*Open Access Data*), programas de ordenador de código abierto o libre (*Open Source Software*) o los programas informáticos gratuitos (*Freeware*) no quedarán cubiertos, porque no requieren típicamente un registro o inscripción activa. La situación cambia, sin embargo, en cuanto se facilitan al consumidor servicios adicionales, como parches o información adicional si esos servicios requieren una cuenta personal⁴⁰.

Más importante es que la propuesta también excluye de su ámbito otras dos situaciones importantes en la práctica: la exposición del usuario a publicidad como “precio” a cambio del suministro de contenidos y los datos obtenidos mediante *cookies*, incluso si el consumidor acepta activamente el uso de las *cookies*⁴¹. Aunque la exclusión de los anuncios puede ser comprensible, porque no necesariamente comportan que el suministrador recabe datos del consumidor, descartar las *cookies* requiere una justificación razonable. Es bien conocido que servicios basados en *cookies* como *Google Analytics* compilan datos personales a gran escala para procesarlos con fines comerciales⁴². Como han subrayado vigorosamente las discusiones en torno al RGPD, la simple cantidad de datos permite conseguir una selectiva compilación de datos y, la postre, la identificación personal⁴³. Aun así, incluso servicios como el buscador intenso de datos de *Google* no estaría cubierto básicamente por el ámbito de aplicación de la Directiva si el consumidor no crea una cuenta (opcional), mientras que otros servicios como *Facebook* siempre se verían afectados por los nuevos remedios a disposición del consumidor.

Aunque es deseable el enfoque general de la propuesta al admitir los contenidos digitales aparentemente “gratuitos” a cambio de datos económicamente valiosos⁴⁴, también es importante tener en cuenta que sus implicaciones no dejarán de tener consecuencias para varias otras áreas del Derecho en muchos Estados Miembros. Por ejemplo, calificar esos contratos como similares en esencia a contratos concluidos a cambio de un precio puede influir en cómo los tribunales

³⁹ Cdo. 14 PDDig.

⁴⁰ Lo cual es criticado también por MAK (2016, p. 9).

⁴¹ Cdo. 41 PDCDig.; véase, sin embargo, BEALE (2016, p. 13), que las actividades de recolección mediante *cookies* sí están cubiertas por el término “activamente”.

⁴² LIEBLER/KEIDRA (2010); RUBINSTEIN (2013); ROOSEDAAL (2011).

⁴³ SCHWARTZ/SOLOVE (2011, p. 1836 y ss.); HON/MILLARD/WALDEN (2011, p. 211 y ss.).

⁴⁴ Para un análisis de la nueva economía de la información, véase LAPERCHE (2001, p. 273 y ss.).

ponderan el equilibrio de ciertas cláusulas en contratos de consumo⁴⁵. Otra cuestión estriba en saber si calificar el suministro de datos como equivalente a prometer un precio en dinero tiene como consecuencia que el suministro de datos (personales) se convierta en una obligación contractual exigible, por ejemplo, cuando el consumidor proporciona información personal falsa que sea inútil para el proveedor de contenido digital⁴⁶. En otras palabras, al calificar los datos personales como una contraprestación la PDCDig. entra en conflicto con el RGPD: mientras el RGPD establece que el consentimiento puede ser libremente revocado, con la consecuencia de que el tratamiento de todos los datos debe cesar e incluso deben destruirse los datos, en cambio considerar los datos como contraprestación sería contradictorio con ese derecho a la revocación libre del consentimiento, pues el consumidor estaría obligado a revelar y divulgar sus datos personales⁴⁷.

3.4. Servicios y áreas excluidas

Varios servicios y áreas están expresamente excluidas del régimen legal de la propuesta por el art. 3.3 PDCDig., pues todas ellas están sometidas a su propia e intensa regulación, lo cual justifica su exclusión de los requisitos adicionales de la PDCDig. Esto incluye los servicios de acceso a internet y de comunicaciones electrónicas cubiertos por la Directiva marco de 2002⁴⁸ (art. 3.5.b PDCDig.), los servicios de salud, de juego y –más importante– los servicios financieros (art. 3.3.d PDCDig.). Consiguientemente, *Paypal* y otros servicios no están incluidos en la propuesta de Directiva, sino que vienen regulados por la Directiva de servicios de pago II, que cubre una gran variedad de servicios financieros y de pago por internet. En tanto que los *bitcoins* aún pasan desapercibidos por buena parte de la regulación del sector financiero⁴⁹, sin duda escapan de la regulación de la PDCDig., porque la propuesta se refiere a los servicios financieros en general⁵⁰. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que algunas de esas áreas reguladas aún no reconocen en

⁴⁵ En general, véase el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores de 5 de abril de 1993 (DOUE L 95, 21.4.1993, pp. 29-34), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31993L0013>.

⁴⁶ Mientras que, en particular, el art. 7 RGPD pone especial énfasis en que el consentimiento del titular de los datos debe ser otorgado libremente, el RGPD no excluye esta posibilidad una vez que el consentimiento emitido es válido.

⁴⁷ De forma similar, MAK (2016, p. 9).

⁴⁸ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO, L 108 , 24/04/2002, pp. 33-50, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0021&from=ES>).

⁴⁹ See EUROPEAN CENTRAL BANK (2015, p. 23).

⁵⁰ Los servicios de *Bitcoin* son, sin embargo, calificados usualmente como plataformas de negociación por la Directiva MiFID II: Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DO L 173/349, 12.6.2014, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=ES>).

particular el contenido digital y los servicios digitales como algo específico que deba ser contemplado⁵¹.

4. *Tiempo y lugar del suministro (art. 5 PDCDig.)*

Dado el amplio ámbito de aplicación de la propuesta y su inevitable rechazo a definir distintos tipos de contratos que tratan de los contenidos digitales, la PDCDig. dice muy poco sobre las obligaciones específicas del proveedor y relega al acuerdo individual entre las partes la mayoría de las cuestiones sobre cuándo, dónde y cómo debe ser suministrado el contenido digital. La propuesta, sin embargo, sí afirma que –en ausencia de especificaciones contractuales– el contenido digital tiene que ser suministrado inmediatamente (art. 5.2 PDCDig.) y que el proveedor no responde de si el consumidor puede realmente acceder al contenido, siempre que él entregue el contenido a una tercera parte elegida por el consumidor (art. 5.1.b, considerando 23 PDCDig.)⁵². En los supuestos en que el proveedor ofrece un conjunto de servicios, que incluyen el suministro de acceso inmediato (por ejemplo, el suministrador de acceso que ofrece contenidos adicionales), esto puede, por supuesto, conducir a resultados en cierto modo incongruentes⁵³.

Dado que la propuesta se aplica a todo tipo de contrato, contenga o no obligaciones periódicas, la propuesta no dice nada sobre la duración del suministro de datos y es parca en referencias a las posibles interrupciones (sobre las que los contratos sobre contenidos digitales excluyen frecuentemente toda responsabilidad, al menos si el tiempo de la interrupción es breve o para fines de mantenimiento); en concreto, según el considerando 35 una interrupción temporal de los servicios no debería considerarse como un incumplimiento grave del contrato, sino como una falta de conformidad; en consecuencia, un consumidor no puede resolver inmediatamente el contrato si los servicios dejaron de prestarse sólo por un tiempo limitado. Sin embargo, los tribunales tendrán que abordar la cuestión de la longitud tolerable de la interrupción, y más aún si en los acuerdos de operatividad del servicio esos períodos pueden estar especificados acaso con suficiente transparencia y tendrán que evaluar si esas cláusulas podrían blindar a un operador incluso frente a las acciones de saneamiento por falta de conformidad. En cualquier caso, como la Directiva no define distintos tipos de contratos, los tribunales pueden tener dificultades para determinar si esas cláusulas u otras similares son meramente una especificación del contrato o la potencial infracción de un deber que afrente los derechos del consumidor protegidos en la PDCDig.⁵⁴ El tiempo dirá si el alto nivel de abstracción de la propuesta de

⁵¹ Así criticado por MAK (2016, p. 10).

⁵² Por supuesto, esto es apropiado porque el proveedor normalmente no tendrá control alguno sobre los proveedores de acceso a internet y otros intermediarios.

⁵³ En un conjunto de contratos conexos, la nueva Directiva sólo se aplica a la parte del contrato que trata de los contenidos digitales (cdo. 20 PDCDig.), por lo que un proveedor de acceso a internet no puede ser considerado responsable (conforme a la PDCDig.) si deja realmente de facilitar el acceso del consumidor al contenido.

⁵⁴ Lo cual puede legitimar al consumidor a resolver el contrato o a recurrir a otros remedios.

Directiva permitirá a los proveedores eludir los propósitos de ésta por medio de la redefinición de las obligaciones contractuales como materias predispuestas de la ejecución contractual⁵⁵.

5. Conclusión

La propuesta de la Comisión Europea de una Directiva sobre los contratos de suministro de contenidos digitales (PDCDig.) es un paso audaz en la dirección correcta, pues, a diferencia del CESL, se atreve a alejarse del modelo tradicional de las distinciones tipológicas entre diferentes tipos de contratos y de obligaciones contractuales sobre el suministro de contenidos digitales. La Comisión acierta al elegir una nueva vía para regular esos contratos, con empleo de una técnica legal con un alto nivel de abstracción como la única manera de acompañarse con el alto nivel de innovación tecnológica de la industria y con la continua aparición de nuevos modelos de negocio.

Por otra parte, la propuesta trae consigo numerosos problemas diferentes e incertidumbres jurídicas, algunas de las cuales son difíciles de evitar debido a su amplio ámbito y naturaleza abstracta, mientras que otras piden cambios en la actual versión de la Directiva presentada por la Comisión. Entre ellas están varias cuestiones sobre el preciso ámbito de la Directiva y sus excepciones, los criterios objetivos y subjetivos por los que se determina la conformidad de los contenidos digitales con el contrato y el nivel de transparencia exigido al estipular las obligaciones de los contratantes, tanto mediante condiciones generales como mediante acuerdos individuales.

Si la comisión resuelve satisfactoriamente estas cuestiones en la versión final de la PDCDig., los beneficios para los consumidores así como para el Mercado Único en su conjunto sobrepasarán con creces los retos que ello comporta.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Resolución y Fecha</i>	<i>Asunto y referencia</i>	<i>Partes</i>
STJUE (Gran Sala) 3.7.2012	C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407	UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.
STJUE, 2ª, 20.1.2005	C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32	Johann Gruber v. Bay Wa AG

⁵⁵ Nuevamente, la transposición nacional de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y otras leyes y reglamentos relacionados puede desempeñar un papel importante en este contexto.

7. Bibliografía

Stojan ARNERSTÅL (2015), "Licensing digital content in a sale of goods context", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR Int)*, 2015, p. y ss. 882.

Yannis BAKOS, Florencia MAROTTA-WURGLER, David R. TROSSEN (2014), "Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts", *Journal of Legal Studies*, 43, 1, 2014; CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper; NYU Law and Economics Research Paper No. 09-40 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1443256>, fecha de última visita: 9.4.2016)

Hugh BEALE (2016), "Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment", *Workshop of JURI-Committee of the European Parliament*, Brussels, Enero 2016, PE 536.493, pp. 1-30

COMISIÓN EUROPEA (2015), *Hacia un marco de derechos de autor moderno y más europeo. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones*, Bruselas, 9 de diciembre de 2016, COM(2015) 626 final (disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>).

EUROPEAN CENTRAL BANK (2015), "Virtual currency schemes - a further analysis", Febrero 2015, Frankfurt am Main, pp. 1-37 (disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>).

Adam GATT (2002) "Electronic commerce - click wrap agreements: the enforceability of click wrap agreements", *Computer Law and Security Review*, 18.6, 2002, pp. 404-410.

Natalie HELBERGER, Marco B. M. LOOS, Lucie GUIBAULT, L., Chantal MAK, Lodewijk PESSERS (2013), "Digital content contracts for consumers", *Amsterdam Law School Research Paper* No. 2012-66; *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, pp. 37-57; *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series* No. 2012-05; *Amsterdam Law School Research Paper* No. 2012-66, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2081918>, fecha de última visita: 9.4.2016).

W. Kuan HON, Christopher MILLARD, Ian WALDEN (2011), "The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing - What Information is Regulated? The Cloud of Unknowing, Part 1" (March 10, 2011). *International Data Privacy Law*, 1.4, 2011, pp. 211-228 (también en *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 75/2011, p 13 y ss.; disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1783577>, fecha de última visita: 9.4.2016).

Steven J. HOROWITZ (2007), "Competing Lockean Claims to Virtual Property", *Harvard Journal of Law and Technology*, 20, 2007 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=981755>, fecha de última visita 9.4.2016)

Nancy KIM (2010), "Expanding the Scope of the Principles of the Law of Software Contracts To Include Digital Content", *Tulane Law Review*, 84, 6, 2010, pp. 1595-1610.

Raizel LIEBLER, Keidra CHANEY (2010), "Google Analytics: Analyzing the Latest Wave of Legal Concerns for Google in the US and the EU", *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, 7, 2010, p. 135 y ss. (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2095434>, fecha de última consulta: 9.4.2016).

Marco B. M. LOOS, Natalie HELBERGER, Lucie GUIBAULT, Chantal MAK, Lodewigk PESSERS, Katalin J. CSERES, Bart VAN DER SLOOT, Ronan TIGNER (2011a), *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report*, Amsterdam, 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf

Marco B. M. LOOS, Natalie HELBERGER, Lucie GUIBAULT, L., Chantal MAK (2011b), "The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law", *European Review of Contract Law*, 6, 2011, pp. 729-758.

Marco LOOS (2013), "The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL" *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, No. 2013-10, Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-60 (18 octubre 2013) (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2343176>, fecha de última consulta: 9.4.2016).

Vanesa MAK (2016), "The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", *Workshop of JURI-Committee of the European Parliament*, Enero 2016, PE 536.494, pp. 1-28.

Rafał MAŃKO (2015), "Contract Law and the Digital Single Market: Towards a New EU Online Consumer Sales Law?", *European Parliamentary Research Service (EPRS) in-depth analysis*. Brussels, 15 septiembre 2015 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2660770>, fecha de última consulta: 9.4.2016).

Peter S. MENELL, Suzanne SCOTCHMER (), Intellectual Property en A. Mitchell POLINSKY, Steven SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics* (en prensa) (*UC Berkeley Public Law Research Paper* No. 741724, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=741424>, fecha de última visita: 9.4.2016).

Frank D. NGUYEN (1994), "Regulation of Medical Expert Systems: A Necessary Evil", *Santa Clara Law Review*, 34, 4, 1994, pp. 1187-1234.

Arnold ROSENDAAL (2011), "Facebook Tracks and Traces Everyone: Like This!", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*, No. 03/2011 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1717563> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1717563>, fecha de último acceso: 9.4.2016).

Ira RUBINSTEIN (2013), "Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?", *International Data Privacy Law* (2013, en prensa); NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-56, p. 4 y ss. (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2157659>, fecha de última consulta: 9.4.2016).

Paul M. SCHWARTZ, Daniel J. SOLOVE (2011), "The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information", *New York University Law Review*, 86, 2011 (también en *UC Berkeley Public Law Research Paper* No. 1909366; *GWU Legal Studies Research Paper* No. 584; *GWU Law School Public Law Research Paper* No. 584, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1909366>, fecha de última visita, 9.4.2016).

Adam SIMPSON (2001), "Content and Copyright in the Digital Age - Impact on Contract, *Journal of Law and Information Science*", 12, 1, 2001, pp. 70-86.

Gerald SPINDLER (2016a), "Contracts For the Supply of Digital Content", *European Review of Contract Law*, 2016 (en prensa).

Gerald SPINDLER (2016b), "Verträge über digitale Inhalte", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2016 (en prensa).

Herbert ZECH (2015), "Information as Property", *Jipitec (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law)*, 5, 2015, pp. 192-197 (disponible en <https://www.jipitec.eu/issues/issue.2016-01-12.5219458400/4315>; fecha de última consulta: 8.4.2016