

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
JAVIER PAGADOR LÓPEZ
(Dirs.)

DESAFÍOS DEL REGULADOR MERCANTIL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y COMPETENCIA EMPRESARIAL

JOSÉ MANUEL SERRANO CAÑAS
ANTONIO CASADO NAVARRO
PEDRO MARIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ
(Coords.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	21
PRÓLOGO	29

PARTE I

DESAFÍOS DEL REGULADOR MERCANTIL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

DESAFÍOS DE LA CONTRATACIÓN DIGITAL CON CONSUMIDORES: EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONTRATO. CHALLENGES OF THE DIGITAL CONTRACTS WITH CONSUMERS: THE RIGHT OF WITHDRAWAL FROM THE CONTRACT , por Luis María Miranda Serrano	35
I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO	36
II. ¿DÓNDE SE REGULA Y CUÁNDO SE APLICA EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN SOBRE CONTENIDOS DIGITALES? POSIBLES RETOS O DESAFÍOS DERIVADOS DE LA DIRECTIVA 2019/770	37
1. Regulación de esta materia en el TRDCU y necesidad de que el contrato sea celebrado a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios	37
2. Ha de tratarse, además de un contrato sobre contenidos digitales: caracterización de estos contratos en la Directiva 2011/83 y en el TRDCU	39
3. El problema de los contratos sobre contenidos digitales (aparentemente) gratuitos: su admisión en la Directiva 2011/83 y en el TRDCU	42
4. Retos o desafíos para el legislador español en esta materia derivados de la Directiva 2019/770	44
III. ¿CUÁLES SON LAS ESPECIALIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN SOBRE CONTENIDOS DIGITALES?	48
1. Presentación y razón de ser de las especialidades	48
2. Primera especialidad: <i>dies a quo</i> del cómputo del plazo para desistir	51

	Pág.
2.1. <i>Dies a quo</i> del cómputo del plazo para desistir en los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material.....	52
2.2. <i>Dies a quo</i> del cómputo del plazo para desistir en los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material.....	53
2.3. Razón de ser de estas diferencias de régimen jurídico	53
3. Segunda especialidad: excepciones al derecho de desistimiento.....	54
3.1. Exclusión del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material	54
3.2. Exclusión del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material	55
4. Tercera especialidad: costes derivados del desistimiento.....	59
4.1. Costes derivados del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material.....	60
4.2. Costes derivados del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material	60
IV. CONCLUSIÓN	62
V. <i>POST SCRIPTUM</i>	63
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	64

DESAFÍOS DE LA CONTRATACIÓN DIGITAL CON CONSUMIDORES: LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO. CHALLENGES OF THE DIGITAL CONTRACTS WITH CONSUMERS: THE OBLIGATION OF CONFORMITY WITH THE CONTRACT, por Javier Pagador López.....

67

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO	68
II. LA DIRECTIVA 2019/770: PROCESO DE GESTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR	70
1. Génesis de la Directiva 2019/770	70
2. Caracterización preliminar de la Directiva 2019/770: una Directiva <i>de máximos</i> con matices, muy <i>práctica</i> , y <i>eterna</i> (o tecnológicamente neutra), al menos <i>de momento</i>	73
2.1. Una Directiva <i>de máximos</i> , con matices.....	74
2.2. Una Directiva muy <i>práctica</i>	75
2.3. Una Directiva <i>eterna</i> (o tecnológicamente neutra), al menos <i>de momento</i>	76
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	76
1. Contratos celebrados entre empresarios y consumidores o usuarios	77
2. Contratos de suministro de contenidos o servicios digitales	79
2.1. Suministro como noción flexible.....	80
2.2. Contenidos y servicios digitales.....	81
2.3. La cuestión del precio	84
2.4. Contenidos y servicios digitales excluidos	86
IV. CONTENIDO MATERIAL DE REGULACIÓN	87
1. El cumplimiento del contrato por parte del proveedor o suministrador de contenidos o servicios digitales.....	87
2. La conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato.....	89
2.1. Introducción y planteamiento	89
2.2. Requisitos de conformidad subjetivos	91
2.3. Requisitos de conformidad objetivos	93

	Pág.
2.4. Momento en que debe producirse la conformidad o la falta de conformidad y plazos	95
2.5. La carga de la prueba de la conformidad o falta de conformidad.....	96
2.6. Remedios en caso de falta de conformidad	97
2.6.1. Introducción	97
2.6.2. La puesta en conformidad.....	98
2.6.3. La reducción o rebaja del precio.....	98
2.6.4. La resolución del contrato	99
2.6.5. Reembolsos con cargo al proveedor	101
2.6.6. El derecho de repetición del proveedor.....	101
3. La modificación del contrato	102
V. CONCLUSIONES	103
VI. BIBLIOGRAFÍA	103
DESAFÍOS DEL REGULADOR EN MATERIA DE CONTRATOS DE COLABORACIÓN MERCANTIL. <i>REGULATOR'S CHALLENGES IN COMMERCIAL COLLABORATION CONTRACTS</i>, por María Rocío Quintáns Eiras	107
I. INTRODUCCIÓN	107
II. SITUACIÓN LEGISLATIVA E INTENTOS DE REFORMA Y REGULACIÓN	110
III. OPORTUNIDAD DE LA REFORMA Y DE UNA NUEVA REGULACIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA.....	115
IV. DELIMITACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA PARA UNA FUTURA REGULACIÓN	121
1. Contratos de colaboración como categoría: la gestión de intereses ajenos.	121
2. Principales tipos de contratos de colaboración	123
2.1. Contratos de colaboración <i>stricto sensu</i>	123
2.2. Contratos de distribución: la actividad de «promoción»	123
V. BIBLIOGRAFÍA.....	130
DESAFÍOS DEL LEGISLADOR EN LA REFORMA DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SEGURO. <i>CHALLENGES FOR THE LEGISLATOR IN THE REFORM OF THE INSURANCE CONTRACT REGIME</i>, por María Jesús Peñas Moyano	135
I. INTRODUCCIÓN: NECESIDAD DE LA REFORMA	135
II. ASPECTOS FUNDAMENTALES A TENER EN CUENTA EN UNA HIPOTÉTICA REFORMA	138
III. MODIFICACIONES TRANSVERSALES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SEGURO.....	140
1. El lenguaje del legislador	140
2. Concepto del contrato y clasificación de sus distintas modalidades o tipos	141
3. La digitalización del contrato y nuevos modelos de negocio.....	142
IV. ALGUNOS CAMBIOS QUE HAN DE REALIZARSE EN EL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SEGURO	145
1. Cláusulas contractuales; en particular, cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y delimitadoras del riesgo asegurado	145

	Pág.
2. Obligaciones de las partes: el deber de declaración previa del riesgo asegurado y el deber de comunicar la producción del siniestro. Actuación del asegurador.....	148
3. Intereses moratorios.....	149
4. Seguros de grupo.....	150
V. ALGUNAS CONCLUSIONES	151
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	151
DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE: ROBÓTICA Y RESPONSABILIDAD. CHALLENGES OF THE REGULATION OF THE TRANSPORT CONTRACT: ROBOTICS AND RESPONSIBILITY, por José Manuel Martín Osante.....	155
I. ROBÓTICA Y TRANSPORTE.....	156
II. VIGENTE COEXISTENCIA DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS.....	157
1. Responsabilidad contractual del transportista terrestre de mercancías: características típicas	157
1.1. Limitación de la indemnización	158
1.2. Causas de exoneración	158
2. Responsabilidad civil por la utilización de robots.....	160
3. Puntos de fricción entre ambos regímenes	162
III. APUNTES SOBRE LA FUTURA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA UTILIZACIÓN DE ROBOTS	164
1. Introducción.....	164
2. Responsabilidad objetiva.....	165
2.1. La objetivación de la responsabilidad empresarial	165
2.2. <i>De lege ferenda</i> : responsabilidad objetiva por la actuación de los robots	166
3. <i>De lege ferenda</i> : ¿responsabilidad solidaria o mancomunada?.....	168
3.1. Aproximación.....	168
3.2. <i>De lege ferenda</i> : responsabilidad solidaria por la actuación de los robots.....	168
LA CONTRATACIÓN MERCANTIL: NUEVAS REALIDADES-RELACIONES COMERCIALES Y DE CONSUMO. COMMERCIAL CONTRACTING: NEW REALITIES-COMMERCIAL AND CONSUMER RELATIONSHIPS, por Félix Benito Osma	173
I. LAS NUEVAS REALIDADES Y PRINCIPIOS INFORMADORES DEL MERCADO.....	174
1. La digitalización del mercado y de los negocios.....	174
2. La transparencia en el mercado y en la contratación mercantil: hacia la unidad frente a la fragmentación	178
II. LAS NUEVAS RELACIONES COMERCIALES Y DE CONSUMO	183
1. La protección de los consumidores desde la UE (2020-2025).....	183
2. El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.....	184

	Pág.
2.1. Noción y factores de vulnerabilidad en las relaciones de consumo ...	184
2.2. Noción de personas consumidoras vulnerables (art. 3.2 TRLGDCU).	184
2.3. Los derechos básicos y la especial atención a las personas consumi- doras vulnerables.....	185
I CONTRATTI DI LOCAZIONE BREVE IN ITALIA. SHORT-TERM RENTALS IN ITALY, por Annalisa Cocco.....	187
I. LA LOCAZIONE NELL'ATTUALE CONTESTO GIURIDICO E SOCIALE	187
II. QUADRO NORMATIVO DIFFERENZIATO E DISCIPLINA APPLICABILE AL CASO CONCRETO. LE LOCAZIONI ABITATIVE A CANONE «LIBERO» O «CONCORDATO»	189
III. <i>SEGUE</i> . LE LOCAZIONI DEI BENI IMMOBILI DEMANIALI E PATRIMO- NIALI DELLO STATO ITALIANO E LE LOCAZIONI DI NATURA TRANSI- TORIA	192
IV. LOCAZIONI BREVI: GLI ELEMENTI ESSENZIALI DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE	193
V. CONTROVERSA COMPATIBILITÀ FRA DISCIPLINA ITALIANA E DIRITTO EUROPEO.....	196
DROP SHIPPING: MODELO DE NEGOCIO EN AUGE EN LA ECONOMÍA DIGI- TAL. DROP SHIPPING: A BOOMING BUSINESS MODEL IN THE DIGITAL ECONOMY, por Jorge Feliú Rey y Teresa Rodríguez de las Heras Balcells.....	199
I. ¿QUÉ ES EL <i>DROP SHIPPING</i> ?	200
II. OPERATIVA Y ESTRUCTURA FUNCIONAL: ¿QUIÉN ES EL <i>DROP SHIPPER</i> ?	203
III. LAS OBLIGACIONES DEL <i>DROP SHIPPER</i>	204
IV. LAS OBLIGACIONES DEL INTERMEDIARIO	205
V. <i>DROP SHIPPING</i> Y CONTRATOS DE COLABORACIÓN: SU ENCAJE	206
VI. <i>DROP SHIPPING</i> Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD	209
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	210
LEY DE SERVICIOS DIGITALES: NUEVAS OBLIGACIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS DE INTER- MEDIACIÓN. DIGITAL SERVICES ACT: NEW OBLIGATIONS REGARDING THE LIABILITY OF ONLINE INTERMEDIATION PLATFORMS, por Ainhoa Fernández García de la Yedra	213
I. INTRODUCCIÓN	214
II. RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA DIRECTI- VA 2000/31	216
1. Tipología de servicios y presupuestos de exención.....	216
2. ¿Encajan las plataformas en la función de mero almacenamiento de datos?.....	218
III. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD SEGÚN LA PROPUESTA EN LA LEY DE SERVICIOS DIGITALES.....	219
1. Previo: definición de plataforma en línea.....	219
2. Novedades en los presupuestos de exención de responsabilidad	220
3. Breve referencia a las normas de diligencia debida y mecanismos de con- trol: ¿normas accesorias en materia de responsabilidad?.....	221
IV CONCLUSIONES	222
V. BIBLIOGRAFÍA.....	223

	Pág.
LA ELIMINACIÓN DEL PAPEL COMO DESAFÍO DEL REGULADOR PARA EL AUGE DE LAS INSURTECH DE DISTRIBUCIÓN MÁS ALLÁ DEL «REGULATORY SANDBOX». REMOVING PAPER AS A REGULATOR'S CHALLENGE FOR THE RISE OF DISTRIBUTION INSURTECH BEYOND THE «REGULATORY SANDBOX», por Marta García Mandaloniz.....	225
I. LA INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE LOS SEGUROS ANTE LA EXPANSIÓN DE LAS <i>INSURTECH</i>	226
II. LA INNOVACIÓN DE LA REGULACIÓN COMO DESAFÍO DEL REGULADOR: EL «REGULATORY SANDBOX»	227
III. LA CONVENIENCIA DE MÁS INNOVACIÓN EN LA REGULACIÓN MÁS ALLÁ DEL «REGULATORY SANDBOX»	229
IV. EL PAPEL COMO FRENO A LA OPERATIVA DIGITAL DE LAS <i>INSURTECH</i> DE DISTRIBUCIÓN	231
V. LA ELIMINACIÓN DEL PAPEL COMO DESAFÍO DEL REGULADOR PARA EL AUGE DE LAS <i>INSURTECH</i> DE DISTRIBUCIÓN	236
 LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LOS CLUBES DE P&I EN LA UNIÓN EUROPEA. DIRECT ACTION AGAINST P&I CLUBS IN THE EUROPEAN UNION, por Albano Gilabert Gascón	 239
I. INTRODUCCIÓN	240
II. LA ACCIÓN DIRECTA EN EL ÁMBITO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	240
1. El reconocimiento de la acción directa en el ordenamiento español.....	240
2. La « <i>pay to be paid rule</i> » y su oponibilidad bajo el ordenamiento español...	241
2.1. Las excepciones oponibles bajo el régimen actual: ¿un paso atrás en el aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la navegación?	241
2.2. La reforma de la Ley de Navegación Marítima y sus efectos sobre la acción directa contra los Clubes de P&I	244
3. La acción directa en el Derecho interno de otros Estados miembros de la Unión Europea: el problema de la falta de uniformidad.....	245
III. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DIRECTAS INTERPUESTAS EN EL ÁMBITO EUROPEO	247
1. La regulación jurídica y los foros aplicables a la acción directa	247
2. El fundamento y los límites de la regla del <i>forum actoris</i> : la protección de la parte débil y la previsibilidad	248
3. La aplicación del <i>forum actoris</i> en las acciones directas contra los Clubes de P&I	249
IV. CONCLUSIONES	250
 EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: SU CARÁCTER OBLIGATORIO. ENVIRONMENTAL LIABILITY INSURANCE: ITS MANDATORY NATURE, por Marta González González	 253
I. INTRODUCCIÓN	254
II. CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL OBLIGATORIO.....	255
III. CRÍTICAS Y DESVENTAJAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.....	257
IV. VENTAJAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.....	259

	Pág.
V. CONCLUSIONES	260
VI. BIBLIOGRAFÍA	260
LA REGULACIÓN DE LAS <i>TRANSPORT NETWORK COMPANIES</i> (TNC) EN ESTADOS UNIDOS. PROPUESTAS DE REFORMA EN ESPAÑA. <i>REGULATION OF THE TRANSPORT NETWORK COMPANIES IN UNITED STATES. PROPOSAL OF REFORM IN SPAIN</i>, por Anselmo Martínez Cañellas	263
I. INTRODUCCIÓN	263
II. LAS TNC COMO EMPRESAS DE TRANSPORTE REGULADAS A NIVEL ESTATAL, NO LOCAL NI FEDERAL	265
III. DIFERENCIAS REGULATORIAS ENTRE TAXI Y TNC EN ESTADOS UNIDOS	266
IV. LO QUE NO SE REGULA PARA TNC (NI PARA TAXI) EN ESTADOS UNIDOS	268
V. CONCLUSIÓN: ALGUNAS IDEAS DE LO QUE PODRÍA INCLUIRSE EN UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS TNC EN ESPAÑA	269
VI. BIBLIOGRAFÍA	270
LA SUPERACIÓN CONVENCIONAL DE LAS LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA EN LA LEY DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS. <i>AGREEMENTS ON THE OVERCOMING OF THE LIMITATIONS TO THE LIABILITY OF THE CARRIER IN THE CARRIAGE OF GOODS BY LAND ACT</i>, por Achim Puetz	273
I. INTRODUCCIÓN	274
II. LA SUPERACIÓN CONVENCIONAL DE LAS LIMITACIONES CUANTITATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA	274
1. La declaración de valor	275
2. La declaración de interés especial en la entrega	278
3. El aumento «extracartular» del límite de responsabilidad	279
III. CONCLUSIONES	281
IV. BIBLIOGRAFÍA	281
SCREEN SCRAPING, EL NUEVO SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE CUENTAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. <i>SCREEN SCRAPING, THE NEW ACCOUNT INFORMATION SERVICE IN THE SPANISH LEGAL FRAMEWORK</i>, por Carmen de Vivero de Porras	283
I. INTRODUCCIÓN	284
II. REGULACIÓN EUROPEA DE LOS SERVICIOS DE PAGO: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIRECTIVA (UE) 2015/2366, DEL PARLAMENTO EUROPEO.	285
1. El inicio del mercado único de pagos	285
2. Nuevo modelo regulatorio tras la aprobación de la Segunda Directiva de medios de pago	286
III. REAL DECRETO-LEY 19/2018, DE 23 DE NOVIEMBRE, DE SERVICIOS DE PAGO Y OTRAS MEDIDAS URGENTES EN MATERIA FINANCIERA	291
IV. BIBLIOGRAFÍA	293

PARTE II

**DESAFÍOS DEL REGULADOR MERCANTIL EN MATERIA
DE COMPETENCIA EMPRESARIAL**

PROBLEMAS CONCURRENCIALES EN LA CADENA ALIMENTARIA. CON- CURRENCY PROBLEMS IN THE FOOD CHAIN, por Jaume Martí Miravalls ...	297
I. INTRODUCCIÓN	297
II. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y CADENA ALIMENTARIA	299
III. APROXIMACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REPAR- TO DE VALOR EN EL SECTOR AGROALIMENTARIO.....	302
IV. NOVEDADES EN SEDE REGULATORIA: LOS COSTES DE PRODUCCIÓN Y LA DESTRUCCIÓN DE VALOR EN LA CADENA	307
V. LA PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA CADENA.....	310
VI. RECAPITULACIÓN.....	313
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	314
«PREDICARE BENE E RAZZOLARE MALE»: LA CONCORRENZA SLEALE DEL- LE SOCIETÀ DICHIARATAMENTE BENEFIT, MA CHE NON PERSEGUO- NO UNA FINALITÀ DI BENEFICIO COMUNE. «TALK THE TALK, WALK THE WALK»: THE UNFAIR COMPETITION OF COMPANIES STATING A PURPOSE OF COMMON BENEFIT, THAT ACTUALLY DO NOT PURSUE IT, por Alessio Bartolacelli	317
I. RINGRAZIAMENTO	318
II. NOTE MINIME SUL SISTEMA ITALIANO DELLA CONCORRENZA SLEALE	318
III. SCOPO DI INTERESSE GENERALE E CONCORRENZA SLEALE.....	320
1. Le società cooperative	322
2. Le innovazioni del 2017: tra <i>no-profit</i> e <i>low-profit</i>	323
2.1. Gli Enti del Terzo Settore	324
2.2. L'impresa sociale.....	326
2.3. Le Società <i>benefit</i>	327
IV. LA CONCORRENZA SLEALE E LE SOCIETÀ BENEFIT.....	331
1. Il dovere di perseguimento di una finalità di beneficio comune e il pro- blema della entità di tale perseguimento	331
2. La Società <i>benefit</i> che non persegue finalidad di beneficio comune.....	332
2.1. Rimedi di diritto societario.....	332
2.2. Rimedi di diritto della concorrenza	335
2.2.1. Un ruolo ulteriore per la AGCM? La definizione del minimo di beneficio comune da perseguire	338
BIG DATA: ¿HACIA UN NUEVO INSTRUMENTO DE PODER DE MERCADO? BIG DATA: TOWARDS A NEW INSTRUMENT OF MARKET POWER?, por Carmen Herrero Suárez	341
I. LA ECONOMÍA DE LOS DATOS	342
1. Sobre la importancia y valor de los datos: ¿qué ha cambiado?	342
2. Concepto y características del <i>big data</i>	344
3. Balance de efectos positivos y negativos asociados al <i>big data</i>	345

	Pág.
II. EL <i>BIG DATA</i> DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	346
1. Cambio de rumbo de las autoridades de competencia.....	346
2. <i>Big data</i> y poder de mercado.....	347
3. Aplicación de las normas <i>antitrust</i> : posibles riesgos para la competencia...	351
3.1. La adecuación de los instrumentos tradicionales	351
3.2. Prácticas colusorias.....	352
3.3. Control de las concentraciones entre empresas	353
3.4. Abuso de posición dominante.....	355
III. VALORACIÓN.....	357
LAS PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA ANTE LA PROPUESTA DE LEY DE MERCADOS DIGITALES: ¿SON SUFICIENTEMENTE DISPUTABLES LOS MERCADOS COLABORATIVOS? SHARING ECONOMY PLATFORMS FACING THE PROPOSAL FOR A DIGITAL MARKETS ACT: ARE SHARING MARKETS CONTESTABLE ENOUGH?, por Eugenio Olmedo Peralta	359
I. UNA NUEVA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA ANTE LA EVOLUCIÓN DEL MERCADO Y DE LA REGULACIÓN.....	360
II. EL FENÓMENO DE LA PLATAFORMIZACIÓN Y EL AUGE DE LA LLAMADA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	361
III. RETOS DEL MODELO PLATAFORMIZADO PARA EL MANTENIMIENTO DE MERCADOS COMPETITIVOS: LA INICIATIVA EUROPEA DE REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DIGITALES	363
1. Prestación de servicios básicos de plataforma.....	368
2. Noción de guardián de acceso (<i>gatekeeper</i>)	370
IV. APLICABILIDAD DE LA LEY DE MERCADOS DIGITALES A LAS PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA.....	373
V. OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES IMPUESTAS POR LA LEY DE MERCADOS DIGITALES	375
VI. CONCLUSIONES (PROVISIONALES).....	376
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	378
DESAFÍOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA. COMPETITION LAW CHALLENGES IN THE FACE OF TECHNOLOGICAL INNOVATION, por Fernando de la Vega García	381
I. INTRODUCCIÓN	382
II. PROTECCIÓN DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	383
1. Política de investigación y desarrollo tecnológico y competencia.....	383
2. El Derecho de la Competencia aplicado al mercado de la innovación tecnológica	385
3. La protección jurídica del mercado europeo de la innovación tecnológica desde instrumentos distintos al Derecho de la Competencia.....	386
III. INSUFICIENCIAS Y RETOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE LOS DESAFÍOS DEL MERCADO DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA.....	388
1. El carácter global del mercado de la innovación tecnológica y sus efectos para la empresa europea y la competencia	388

	Pág.
2. Instrumentos de protección de la competencia a nivel internacional. Referencia general.....	390
3. Aplicación y retos del Derecho de la Competencia.....	391
3.1. Ámbitos de actuación respecto a la innovación tecnológica.....	391
3.2. La aplicación del Derecho de la Competencia como medida protectora del mercado interior frente a innovaciones tecnológicas.....	392
3.3. El control de las concentraciones económicas	394
3.4. El control de las ayudas públicas. Breve referencia	396
IV. CONCLUSIONES	398
V. BIBLIOGRAFÍA.....	398

LIBRE COMPETENCIA EMPRESARIAL Y UNIONES DE EMPRESARIOS: UNA REALIDAD COMPLEJA DE CONCILIAR EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. COMPETITION LAW AND TEMPORARY ASSOCIATIONS: A COMPLEX REALITY TO CONCILIATE IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENT, por Javier Guillén Caramés.....	401
I. INTRODUCCIÓN	402
II. UNIONES DE EMPRESARIOS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	403
1. Marco jurídico establecido por la LCSP ante posibles indicios colusorios por parte de una unión de empresarios en el marco de una licitación pública	403
2. Perspectiva formal. La indefinición del procedimiento a seguir ante la detección de indicios colusorios por parte de una unión de empresarios: incierto y problemático desarrollo reglamentario	407
2.1. Indicios colusorios: delimitación y alcance	407
2.2. Procedimiento sumarísimo.....	409
2.3. Indeterminación acerca de las consecuencias jurídicas de la intervención de las autoridades de competencia.....	411
3. Perspectiva material: elementos sustantivos que acreditan la posible conducta anticompetitiva de una unión de empresarios	412
3.1. La concurrencia en una unión de empresarios a una licitación pública no es una infracción <i>per se</i> del Derecho de la Competencia	413
3.2. Acerca de la constitución de una unión de empresarios con la finalidad de formar un cártel: la unión de empresarios como instrumento de formalización del cártel.....	415
3.3. Test legal desarrollado por las autoridades de competencia para verificar la posible vulneración del Derecho de la Competencia por parte de una unión de empresarios: acerca de la capacidad individual de los miembros de la unión para acudir a la licitación pública.	417
3.4. La aquiescencia de las autoridades de competencia con los procedimientos de contratación: la posible vulneración del principio de confianza legítima.....	419
3.5. Sobre la eficiencia económica de las uniones de empresarios	424

	Pág.
CONEXIONES AXIOLÓGICAS, FUNCIONALES Y NORMATIVAS ENTRE EL DERECHO DE CONTRATOS Y LA NORMATIVA REPRESORA DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO. AXIOLOGICAL, FUNCTIONAL AND NORMATIVE CONNECTIONS BETWEEN THE CONTRACT LAW AND THE UNFAIR COMPETITION LAW IN CONSUMER RELATIONS, por Antonio Casado Navarro	427
I. INTRODUCCIÓN	428
II. NUDO	429
1. Conexiones axiológicas.....	430
2. Conexiones funcionales.....	431
3. Conexiones normativas	432
4. Los nuevos materiales procedentes de la Unión Europea.....	437
III. DESENLACE	438
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	439
EL USO DE ALGORITMOS DE PERSONALIZACIÓN DE PRECIOS POR LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y SU EVENTUAL CONSIDERACIÓN COMO CONDUCTA ABUSIVA DE UNA POSICIÓN DE DOMINIO CONTRARIA A LA LIBRE COMPETENCIA. THE USE OF PRICE PERSONALIZATION ALGORITHMS BY DIGITAL PLATFORMS AND THEIR EVENTUAL CONSIDERATION AS ABUSIVE CONDUCT OF A DOMINANT POSITION AGAINST FREE COMPETITION, por Roberto Couto Calviño	443
I. LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y SU MODELO DE NEGOCIO.....	444
II. EL USO DE ALGORITMOS DE DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS PERSONALIZADOS EN LA ECONOMÍA DIGITAL Y SUS RIESGOS	448
1. Consideraciones de índole económica	448
2. Especificidades para la estimación del abuso de posición de dominio en la economía digital	451
III. POSIBLES CONDUCTAS ABUSIVAS POR PRECIOS EXCESIVOS Y POR DISCRIMINACIÓN	453
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	457
SEGUROS Y BIG DATA: REMEDIOS JURÍDICOS Y SOLUCIONES DIGITALES. INSURANCE AND BIG DATA: LEGAL & DIGITAL REMEDIES, por María Gómez Santos	459
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	459
1. Poder de mercado y abuso	461
2. Mercados potencialmente amenazados.....	461
II. REMEDIOS JURÍDICOS Y SOLUCIONES DIGITALES	463
1. Nuevos deberes de información.....	463
2. La necesaria digitalización de la CNMC.....	466
III. CONCLUSIONES	467
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	468

	Pág.
¿CABE HABLAR DE ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO (EX ART. 102 TFUE) DE MENOR IMPORTANCIA? ARE THERE ABUSES OF DOMINANT POSITION OF MINOR IMPORTANCE IN THE EUROPEAN UNION?, por Pedro Mario González Jiménez.....	471
I. INTRODUCCIÓN	472
II. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LOS CRITERIOS QUE DETERMINAN QUÉ ES UNA CONDUCTA <i>DE MINIMIS</i>	472
III. EL ASUNTO <i>POST DANMARK II</i> Y SU MALENTENDIDO SIGNIFICADO.....	475
IV. LA SENTENCIA DEL ASUNTO <i>INTEL</i> Y EL RECHAZO A UNA CONCEPCIÓN ABSTRACTA DE LA CAPACIDAD PARA RESTRINGIR LA COMPETENCIA.....	479
V. CONCLUSIÓN.....	480
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	481
 LOS NUEVOS ILÍCITOS DE PRÁCTICAS COMERCIALES AGRESIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. THE NEW ILLEGAL AGGRESSIVE COMMERCIAL PRACTICES IN THE FIELD OF DATA PROTECTION, por Elisabet González Pons	483
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	484
II. DISTORSIÓN DEL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DEL DESTINATARIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	485
III. LOS NUEVOS SUPUESTOS DE PRÁCTICAS AGRESIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	487
1. Suplantar la identidad de la Agencia Española de Protección de Datos o de la autoridad autonómica competente en la materia y generar la apariencia de que se está actuando en nombre de estos organismos.....	488
2. Realizar prácticas comerciales en las que se coarte el poder de decisión de los destinatarios mediante la referencia a la posible imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa de protección de datos personales.....	489
3. Crear la apariencia de cumplimiento de las disposiciones de protección de datos sin verificar dicho cumplimiento	490
4. Asumir las funciones del delegado de protección de datos.....	491
IV. CONSIDERACIONES FINALES	492
V. BIBLIOGRAFÍA.....	493
 EQUIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA CLASIFICACIÓN DE USUARIOS PROFESIONALES POR LAS PLATAFORMAS Y LOS MOTORES DE BÚSQUEDA. FAIRNESS AND TRANSPARENCY IN FAIRNESS AND TRANSPARENCY IN THE CLASSIFICATION OF PROFESSIONAL USERS BY THE PLATFORMS AND SEARCH ENGINES, por Patricia Márquez Lobillo.....	495
I. SOBRE LA FINALIDAD Y LA UTILIDAD DEL REGLAMENTO (UE) 2019/1150	496
II. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO	498
1. El servicio de intermediación al que exige equidad y transparencia.....	498
2. Los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos.....	500
III. LA TRANSPARENCIA EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS USUARIOS PROFESIONALES Y DE LOS USUARIOS DE SITIOS WEB CORPORATIVOS.....	501
1. Consideraciones previas	501

	Pág.
2. Directrices de la Comisión Europea para la clasificación de usuarios profesionales y usuarios de sitios web corporativos	502
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	505
LA LETRA PEQUEÑA DE LA PUBLICIDAD ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL. <i>THE SMALL PRINT OF ADVERTISING TO THE UNFAIR COMPETITION LAW</i>, por Ana Miranda Anguita	507
I. IMPORTANCIA PRÁCTICA DEL USO DE LA LETRA PEQUEÑA EN LA PUBLICIDAD	508
II. EXIGENCIA DE UN TAMAÑO MÍNIMO DE LA LETRA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	509
III. SOLUCIONES JURÍDICAS A LA PROBLEMÁTICA DEL USO DE LA LETRA PEQUEÑA EN LA PUBLICIDAD	511
1. La escasa utilidad de la Ley General de Publicidad en esta materia	511
2. La relevancia de la Ley de Competencia Desleal para solucionar esta problemática	512
2.1. La publicidad con letra pequeña y los actos de engaño	512
2.1.1. Los actos de engaño activos o por acción (art. 5 LCD).....	513
2.1.2. Los actos de engaño pasivos o por omisión (art. 5 LCD)	515
2.2. La publicidad con letra pequeña y los actos de violación de normas.	516
2.2.1. Los actos de violación de normas del art. 15.1 LCD	517
2.2.2. Los actos de violación de normas del art. 15.2 LCD	518
2.2.3. La aplicación del art. 15.2 CD a la infracción objeto de análisis	518
2.3. Remedios procesales	519
IV. CONCLUSIÓN	519
V. <i>POST SCRIPTUM</i>	520
V. BIBLIOGRAFÍA.....	520
CLÁUSULAS DE PARIDAD EN LA COMERCIALIZACIÓN DE ESTANCIAS HOTELERAS, DE NUEVO A DEBATE. <i>PARITY CLAUSES ON ACCOMMODATION DISTRIBUTION, BACK TO THE DISCUSSION</i>, por M.^a Teresa Otero Cobos	523
I. SOBRE DETERMINADAS PRÁCTICAS UTILIZADAS EN LA COMERCIALIZACIÓN DE ESTANCIAS HOTELERAS.....	523
II. LA COMERCIALIZACIÓN A TRAVÉS DE OTA.....	524
III. CLÁUSULAS DE PARIDAD, ¿PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS?	527
1. Recientes pronunciamientos jurisprudenciales.....	527
2. Aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias.....	530
IV. LA RESPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA.....	532
V. BIBLIOGRAFÍA.....	534
CONTRATO DE SEGURO, <i>BIG DATA</i> Y ACTOS DE DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS. <i>INSURANCE CONTRACT, BIG DATA AND ACTS OF PRICE DISCRIMINATION</i>, por José Manuel Serrano Cañas	537
I. INTRODUCCIÓN. EL EMPLEO DEL <i>BIG DATA</i> EN EL CONTRATO DE SEGURO	537

	Pág.
II. DETERMINACIÓN DE LA PRIMA	540
III. LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS: <i>BIG DATA</i> Y LISTAS NEGRAS	542
IV. CONCLUSIONES	545
V. BIBLIOGRAFÍA	546
SIGNIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE LA GARANTÍA DE LOS DATOS PERSONALES ENTRE LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN EL MERCADO. <i>MEANING OF INCLUDING THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AS AN UNFAIR PRACTICE IN THE MARKET</i>, por Trinidad Vázquez Ruano	549
I. ANOTACIONES CON OCASIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS	550
1. Precedentes normativos en la materia.....	550
2. Orientaciones esenciales sobre el contenido del Reglamento (UE) 2016/679	552
II. PREVISIONES NORMATIVAS A NIVEL INTERNO. CONCORDANCIA ENTRE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LAS PRÁCTICAS DESLEALES	554
1. Cuestiones regulatorias relevantes	554
2. Observaciones acerca del reconocimiento normativo de las prácticas agresivas	557
III. ACTUACIONES SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU CALIFICACIÓN COMO PRÁCTICAS DESLEALES POR AGRESIVAS	558
IV. BIBLIOGRAFÍA	560

PRÓLOGO

La realidad social y económica se encuentra en un proceso de cambio permanente. Aunque probablemente exista una cierta distorsión, no es irrazonable afirmar que en los últimos veinte años este proceso ha experimentado una aceleración muy notable. En cambio, el proceso de renovación y adaptación de las normas jurídicas suele producirse de manera mucho más pausada, a remolque del cambio social.

Este fenómeno se produce de manera muy acusada en el ámbito de las materias que conforman la que viene siendo conocida como «actividad externa de la empresa». Con estos términos, como se sabe, se alude a las actividades dotadas de trascendencia externa que las empresas desarrollan en el mercado a fin de lograr sus objetivos.

Por un lado, las que integran la «competencia empresarial» entendida en sentido amplio, esto es, alusiva no solo a los comportamientos que afectan a la existencia, libertad y lealtad en la competencia, sino también a los instrumentos puestos a disposición de los operadores económicos para afrontar la lucha concurrencial, es decir, los bienes de propiedad industrial y asimilados.

Por otro lado, las que conforman el «Derecho de contratos o de la contratación», en cuyo seno hay que integrar las normas generales sobre obligaciones y contratos contenidas tanto en los vigentes Códigos de Derecho privado como en leyes especiales, así como los tipos contractuales especialmente regulados o nacidos al calor de las prácticas negociales más recientes.

Como es natural, la realidad descrita plantea al «regulador mercantil» del siglo XXI relevantes desafíos tanto en el plano de la política legislativa como en el de la técnica jurídica en sentido estricto (compréndase dentro del término «regulador», naturalmente, el legislador en sentido formal pero también otras instancias protagonistas de la ordenación de la actividad externa de la empresa, como los llamados reguladores independientes).

De sobra es conocido que los dos planos referidos (el de la política legislativa y el de la técnica jurídica) rivalizan en importancia. De poco sirven disposiciones bienintencionadas políticamente si su deficiente factura técnica las hace inoperantes. Y, a la inversa, normas muy logradas técnicamente pero desorientadas en el plano político suelen encontrar el rechazo de la realidad a la que deben de servir y van destinadas.

No puede decirse que el regulador mercantil contemporáneo se haya mostrado insensible a los desafíos referidos. Así lo corrobora, más allá de las siglas partidistas, el proceso que culminó con la aprobación y publicación en el año 2014 del «Anteproyecto de Código Mercantil».

No es necesario recordar ahora el proceso que dio origen a dicho Anteproyecto y que arranca en el año 2006, cuando el ministro de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Mercantil) la elaboración de un nuevo Código Mercantil llamado a superar las carencias tanto político-legislativas como técnicas de que adolecía a la sazón la legislación mercantil vigente.

Sí interesa dejar constancia de que dicho texto prelegislativo dedicó a las materias de la contratación mercantil y de la competencia empresarial tres libros completos: el tercero sobre competencia (desleal, antitrust y propiedad industrial), el cuarto sobre disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos mercantiles y, finalmente, el quinto relativo a algunos contratos mercantiles en particular.

Ahora bien, el Anteproyecto de Código Mercantil mencionado decayó con la finalización de la legislatura sin haber llegado a ser aprobado ni siquiera como Proyecto de Ley. Y la situación política subsiguiente —escribimos estas líneas en la segunda mitad del año 2021— permite suponer fundadamente que esta iniciativa legislativa no va a ser retomada a corto y medio plazo.

Es cierto que el Anteproyecto de Código Mercantil no contenía soluciones legislativas para todos los desafíos que la compleja y cambiante realidad económica plantea hoy al legislador. Pero justo es reconocer que en él se proponían soluciones a materias hasta ese momento huérfanas de regulación que, de haber prosperado, habrían supuesto un avance o paso al frente bastante significativo.

En coherencia con lo expuesto no puede dudarse que «los desafíos al legislador mercantil del siglo XXI» en las materias que aquí interesan (competencia y contratación) persisten y cada año que pasa se van acentuando. Para afrontarlas de modo adecuado, no parece mala idea, en principio, utilizar los materiales normativos del Anteproyecto de Código Mercantil. No en vano, estamos ante materiales apoyados en un intenso proceso de reflexión y decantación doctrinal y jurisprudencial.

En todo caso, la opción anterior, aunque necesaria, no es, sin embargo, suficiente, al haber quedado fuera del mencionado Anteproyecto soluciones a desafíos no atendidos en su momento por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Nos referimos, por ejemplo, a la que ha dado en conocerse como «Economía colaborativa», o al resarcimiento por daños antitrust, o a la nueva fisonomía del Derecho de marca, o a toda la reciente y novedosa problemática contractual y concurrencial que plantean los nuevos mercados digitales.

Y es que modificaciones de factura preeminentemente técnica han traído y han de traer de su mano cambios tan profundos en la tradicionalmente denominada «materia mercantil» que terminan por alumbrar un desafío (acuciante, en tiempos de cambio social, económico, político y jurídico acelerado) para el regulador mercantil. El avance imparable de las llamadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se ha traducido en la irrupción y consolidación de la «economía digital», que ha removido categorías hasta entonces consolidadas. Los nuevos bienes digitales, los extraordinarios desarrollos de la inteligencia artificial y su aplicación a los procesos productivos, y los nuevos mercados y operadores surgidos a su sombra, obligan a reconsiderar muchas de las convicciones que podíamos considerar indiscutidas. Ante estas nuevas realidades, ni los protagonistas del tráfico económico, ni la academia ni, naturalmente, el regulador mercantil pueden permanecer indiferentes o impasibles.

Siendo este el estado actual de los conocimientos, parece más que justificado ofrecer a la comunidad jurídica un libro como el presente, que tiene su origen, primero, en varios Proyectos de Investigación y, más tarde, en un Congreso internacional celebrado en la Universidad de Córdoba (en concreto, en su Facultad de Derecho y Ciencias

Económicas y Empresariales) los días 11 y 12 de marzo de 2021 y precedido de varios seminarios desarrollados en ese mismo lugar.

Desde aquí, en nuestra condición de Investigadores Principales de los Proyectos aludidos y de codirectores del mencionado Congreso internacional, queremos dar las gracias por la extraordinaria acogida que el Congreso tuvo en la sociedad, como lo prueba la presente obra colectiva.

Nuestro agradecimiento va dirigido, en particular, a los ponentes y comunicantes, a los miembros del Comité científico, a los asistentes (tanto en modalidad presencial como online), a las distintas entidades financiadoras (en especial, el Ministerio, la Junta de Andalucía, la Universidad de Córdoba y la Fundación La Caja Rural del Sur) y, por último, a la prestigiosa Editorial Marcial Pons por valorar positivamente esta obra colectiva y acogerla para que forme parte de su rico fondo editorial.

Por último, un breve apunte sobre la concepción del Derecho de quienes, bien como directores o como coordinadores, estamos especialmente involucrados en esta obra colectiva que el lector tiene en sus manos.

En la medida de nuestras posibilidades, tratamos de tener siempre muy presente la conocida admonición relativa a la necesaria «atenta observación de la realidad» que el maestro italiano Cesare Vivante lanzó a los estudiosos y estudiantes del Derecho mercantil hace ya algunas décadas. Según ella, como se sabe, en el planteamiento de la tarea investigadora hay que ir desde la realidad viva al Derecho vivo. Esto es, observemos lo que está sucediendo en la sociedad y a la sociedad, a la gente, a y en los mercados y de este modo tendremos los elementos de juicio necesarios para entender la ley y proponer sus oportunas reformas o acomodos a las realidades reguladas, sin perder de vista, lógicamente, los objetivos de Justicia a los que aludiremos más abajo.

Al mismo tiempo, procuramos no perder de vista en ningún momento que una de las principales tareas de la doctrina jurídica consiste (como magistralmente sostuvo Karl Larenz en su Metodología de la Ciencia del Derecho) en «descubrir las conexiones de sentido en que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto, es decir, en la forma de un sistema». En consecuencia, la preocupación por ofrecer soluciones a problemas concretos no nos debe nunca llevar a perder de vista la conveniencia de hacer construcciones generales que nos ayuden a entender el Derecho como un todo o, mejor, como un conjunto de sistemas o subsistemas.

Por otra parte, entendemos, como advertía Francesco Galgano, que el Derecho no es solo técnica, sino un aspecto general de la cultura sobre la condición del ser humano. De ahí que el saber que lo estudia sea fundamentalmente una Ciencia social. Por tanto, el jurista que lo interpreta y aplica a la realidad debe alejarse de la tentación unidireccionalmente eficientista y aspirar a la consecución de objetivos de Justicia.

A nuestro juicio, por tanto, el Derecho privado deber servir al logro del programa de objetivos sociales y económicos plasmados en nuestra vigente Constitución, que es la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico y, como tal, ha de ser cumplida y respetada por exigencias del principio de jerarquía normativa y de coherencia interna del ordenamiento.

Con esta concepción del Derecho hemos tratado de impulsar la elaboración y posterior edición de la presente obra colectiva. Solo nos resta desear que ojalá en ella el lector pueda encontrar ciertas ideas de interés para entender mejor un asunto de tanta relevancia dogmática y práctica como «los desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial» en unos tiempos tan interesantes (¿o inquietantes?) como los que nos ha tocado vivir.

Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 10 de julio de 2021. Festividad de San Cristóbal de Licia, patrón de los viajeros.

Luis María MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Decano de la Facultad de Derecho
y CC. Económicas y Empresariales
Universidad de Córdoba

Javier PAGADOR LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Vicedecano de O. A. e Infraestructuras
de la Facultad de Derecho
y CC. Económicas y Empresariales
Universidad de Córdoba

PARTE I
**DESAFÍOS DEL REGULADOR MERCANTIL
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

**DESAFÍOS DE LA CONTRATACIÓN DIGITAL
CON CONSUMIDORES: EL DERECHO
DE DESISTIMIENTO DEL CONTRATO***

**CHALLENGES OF THE DIGITAL CONTRACTS
WHIT CONSUMERS: THE RIGHT OF WITHDRAWAL
FROM THE CONTRACT**

Luis María MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

RESUMEN: *Este trabajo analiza el derecho de desistimiento que la ley atribuye al consumidor en el ámbito de la contratación digital, cuyo régimen jurídico difiere según los contenidos digitales sean suministrados en un soporte material o enteramente en línea. La peculiaridad del objeto de estos contratos («contenidos digitales») explica que el legislador opte por establecer un régimen especial de este derecho, en el que el consumidor tiene vetado hacer uso a título de prueba del contenido digital durante el plazo que la ley le concede para desistir. Ahora bien, como contrapartida, se refuerzan los deberes de información de los empresarios y profesionales; sobre todo en aquellos contratos en los que el suministro de los contenidos digitales se realiza completamente en línea.*

Palabras clave: *contratos sobre contenidos digitales; derecho de desistimiento; deberes de información; Directiva 2011/83/UE; Directiva 2019/770/UE.*

ABSTRACT: *This paper analyses the right of withdrawal that the law assigns to the consumer in the digital contracts, whose legal regime differs depending on whether the digital contents are supplied in a material support or entirely online. The peculiarity of the object of these contracts («digital contents») explains that the legislator establishes a special regime of this right of withdrawal, in which the consumer is prohibited from using digital contents as evidence during the period that the law confers to him to exercise this right. However, in return, the information duties of employers and professionals are reinforced; especially in those contracts in which the supply of digital contents is done entirely online.*

Keywords: *digital contents contracts; right of withdrawal; duties of information; Directive 2011/83/UE; Directive 2019/770/UE.*

* Este trabajo se enmarca dentro de los Proyectos Nacionales de Excelencia con referencia DER2017-85652-P y PID2020-117872RB-I00 (IP: Luis María Miranda Serrano y Javier Pagador López) y del Proyecto Autonómico de la Junta de Andalucía con referencia P20_00002 (IP: Luis María Miranda Serrano). Tiene como base el artículo intitolado «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», publicado en la sección «Doctrina» de la revista *La Ley Mercantil*, núm. 76, 2021, pp. 1 y ss.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO.—II. ¿DÓNDE SE REGULA Y CUÁNDO SE APLICA EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN SOBRE CONTENIDOS DIGITALES? POSIBLES RETOS O DESAFÍOS DERIVADOS DE LA DIRECTIVA 2019/770: 1. Regulación de esta materia en el TRDCU y necesidad de que el contrato sea celebrado a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios. 2. Ha de tratarse, además de un contrato sobre contenidos digitales: caracterización de estos contratos en la Directiva 2011/83 y en el TRDCU. 3. El problema de los contratos sobre contenidos digitales (aparentemente) gratuitos: su admisión en la Directiva 2011/83 y en el TRDCU. 4. Retos o desafíos para el legislador español en esta materia derivados de la Directiva 2019/770.—III. ¿CUÁLES SON LAS ESPECIALIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN SOBRE CONTENIDOS DIGITALES?: 1. Presentación y razón de ser de las especialidades. 2. Primera especialidad: *dies a quo* del cómputo del plazo para desistir: 2.1. *Dies a quo* del cómputo del plazo para desistir en los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material. 2.2. *Dies a quo* del cómputo del plazo para desistir en los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material. 2.3. Razón de ser de estas diferencias de régimen jurídico. 3. Segunda especialidad: excepciones al derecho de desistimiento: 3.1. Exclusión del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material. 3.2. Exclusión del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material. 4. Tercera especialidad: costes derivados del desistimiento: 4.1. Costes derivados del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material. 4.2. Costes derivados del desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material.—IV. CONCLUSIÓN.—V. *POST SCRIPTUM*.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO

Ante el avance imparable de la digitalización, el legislador ha tenido que preocuparse de proteger a los consumidores que celebran contratos sobre contenidos digitales. En la fase precontractual, dicha protección se centra en la imposición a los empresarios y profesionales de determinados deberes de información. En el momento poscontractual, la protección recae en dos instrumentos principales. Por un lado, en el reconocimiento al consumidor de un derecho de desistimiento, siempre que el contrato se celebre a distancia o fuera de un establecimiento mercantil. Por otro, en la puesta a su disposición de determinados remedios jurídicos para los casos de falta de conformidad de los contenidos digitales con el contrato. Seguidamente nos vamos a ocupar del derecho de desistimiento que la ley atribuye al consumidor en este ámbito, cuyo régimen jurídico difiere según los contenidos digitales sean suministrados en un soporte material o enteramente en línea. Con posterioridad —en el siguiente capítulo de esta obra— el profesor Pagador analizará el tema de la falta de conformidad de los contenidos digitales con el contrato.

Dadas las limitaciones con las que hemos de abordar este asunto, nos daremos por satisfechos si la exposición que a continuación realizamos responde satisfactoriamente a las dos preguntas siguientes: 1.^a) dónde se regula y cuándo se aplica este derecho de desistimiento (*infra* II), y 2.^a) cuáles son sus especialidades más significativas (*infra* III). Como se verá, al abordar la primera de estas cuestiones, analizaremos los posibles retos o desafíos que actualmente afectan al legislador español en esta materia, derivados de la *Directiva 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (en lo sucesivo, *Directiva 2019/770*)¹, que ha de ser incorporada a nuestro ordenamiento con anterioridad al 1 de julio de 2021².

¹ *Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136/1, de 22 de mayo de 2019.*

² *Vid.* su art. 24 (*transposición*).

II. ¿DÓNDE SE REGULA Y CUÁNDO SE APLICA EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN SOBRE CONTENIDOS DIGITALES? POSIBLES RETOS O DESAFÍOS DERIVADOS DE LA DIRECTIVA 2019/770

1. Regulación de esta materia en el TRDCU y necesidad de que el contrato sea celebrado a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios

El derecho de desistimiento al que me refiero está actualmente regulado en el *Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRDCU). En rigor, la regulación que en él se realiza de esta materia es el resultado de una doble reforma legislativa. La primera, de amplio alcance, tuvo lugar a través de la Ley 3/2014, dirigida a incorporar al Derecho español el contenido de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores³. La segunda, de mucha menor enjundia, se materializó a través del Real Decreto-ley 9/2017, que modificó solo algunos extremos muy concretos del TRDCU⁴. Ciertamente es que el legislador no confiere un derecho de desistimiento a todo consumidor que celebra un contrato sobre contenidos digitales, sino solo a aquel que concluye dicho contrato a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios. Ahora bien, podrá estarse de acuerdo en que este tipo de contratos se celebran preferentemente a distancia y, muy en especial, a través de internet, como paradigma del suministro de contenidos digitales en línea y sin soporte material⁵. Razón por

³ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRDCU y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014. Sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del TRDCU que desembocó en la Ley 3/2014, vid. LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre de 2013, pp. 371 y ss. (más en concreto, pp. 377 y ss.).

⁴ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, en BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017; sobre él, en lo que aquí interesa: BERMÚDEZ BALLESTEROS, S., «Doble modificación del TRLGDCU operada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, pp. 165 y ss.

⁵ Aunque es bastante menos probable, no puede negarse la posibilidad de que estos contratos se celebren también fuera de los establecimientos mercantiles. De ahí que sea conveniente tener en cuenta qué requisitos han de concurrir para que estemos ante este sistema de contratación. Como apuntamos en MIRANDA SERRANO, L. M., «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *op. cit.*, pp. 5 y ss., se trata de los dos requisitos siguientes: el primero tiene carácter *locativo* y exige que el contrato se celebre en un lugar distinto del establecimiento mercantil del empresario; el segundo puede calificarse de *circunstancial* y requiere que el negocio se concluya estando presentes física y simultáneamente ambas partes contratantes. 1.º) En cuanto al elemento *locativo*, la Directiva 2011/83/UE y el TRDCU confirman la interpretación que, desde el principio, vino realizando la doctrina de los términos establecimiento mercantil a los efectos de esta normativa, comprensivos tanto de los establecimientos *permanentes* (locales de negocio) como de los *no permanentes* (instalaciones desmontables y transportables e incluso camiones-tienda) en donde los empresarios desarrollan habitualmente su actividad comercial con la clientela. Así se desprende de la noción de establecimiento mercantil que proporciona el legislador en el art. 59 bis TRLGDCU. Por tanto, los contratos celebrados en los puestos de los mercadillos y en los *stands* de las ferias y exposiciones son contratos celebrados dentro de los establecimientos mercantiles, al concluirse en lugares que merecen la consideración de establecimientos mercantiles no permanentes. 2.º) Poco hay que comentar acerca del segundo elemento antes referido al que calificamos de *circunstancial*. Para estar ante un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil el negocio ha tenido que concluirse estando presentes, física y simultáneamente, ambas partes contratantes, pues si se han valido de un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza, habrá de categorizarse como celebrado a distancia. Por otra parte, es necesario subrayar que la caracterización legal del contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil ofrecida por la Directiva 2011/83 y el TRDCU omite toda referencia al tercer elemento apuntado normalmente por la doctrina a la

la cual se hace necesario abordar, siquiera en sus perfiles esenciales, la forma en que el TRDCU acomete la caracterización de este sistema de contratación. En este sentido, del art. 92.1 TRDCU se infiere que son dos los elementos de naturaleza material u objetiva que caracterizan a esta modalidad de celebrar contratos⁶:

1.º El primero de ellos implica que únicamente puede considerarse contrato a distancia el negocio que forma parte de una organización creada *ad hoc* con vistas a la distribución comercial de bienes o servicios en el mercado a través de técnicas de comunicación a distancia. O si se prefiere, que solo merece reputarse contrato a distancia *ex lege* el negocio que se inserta dentro de un «sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia», según los términos que utiliza el TRDCU (art. 92.1). Esto con independencia de que dicho sistema no sea creado por el propio empresario que celebra el contrato a distancia, sino ofrecido por un tercero y utilizado por él, normalmente a cambio de una contraprestación. De modo que por no cumplir esta exigencia legal no son contratos a distancia los negocios que, pese a celebrarse a través de medios de comunicación a distancia y, por ende, sin contacto presencial de los sujetos contratantes, revisten carácter meramente ocasional y aislado (caso, p. ej., de la venta ocasional celebrada por teléfono o fax entre un consumidor y un operador económico que utiliza habitualmente el sistema de contratación tradicional, al carecer de un sistema organizado que le permita contratar a distancia con todos sus clientes).

2.º El segundo exige que los contratos se concluyan a través de técnicas de comunicación a distancia de cualquier naturaleza y, por tanto, sin presencia física simultánea de los sujetos contratantes. Dicha ausencia de presencia física ha de concurrir tanto en la fase previa a la conclusión del negocio, como en el momento mismo de la celebración del contrato. La fase de ejecución contractual queda, sin embargo, al margen de esta exigencia. Efectivamente, el hecho de que la ejecución de un contrato no sea a distancia no lo excluye de la normativa que analizamos cuando fue negociado y concluido a través de técnicas de comunicación a distancia y, por ende, sin presencia física simultánea de los sujetos contratantes. Se

hora de caracterizar este sistema de contratación. Se trata de que el contrato se celebre *de forma imprevista o sorpresiva para el consumidor*, lo que lleva a entender que no cumplen este requisito los negocios celebrados en el curso de una visita comercial solicitada expresamente por el consumidor al empresario y desarrollada dentro del plazo acordado y de acuerdo con la finalidad convenida. Se confirma de este modo que para el legislador actual basta que un negocio cumpla los requisitos locativo (celebración en un lugar distinto del establecimiento mercantil) y circunstancial (presencia física simultánea de las partes en la celebración del negocio) referidos para que se someta a la disciplina especial que analizamos. Es irrelevante que en el momento de contratar el empresario se encuentre en un lugar distinto de su establecimiento mercantil *motu proprio* o merced a un requerimiento previo y expreso del consumidor (solicitud de visita o encuentro comercial). En uno y otro caso el contrato merece considerarse celebrado fuera del establecimiento mercantil. En esto consistió precisamente una de las principales novedades de la regulación introducida en el TRDCU por la reforma acometida en 2014, es decir, en entender que el *elemento o factor sorpresa* se considera que *está implícito en el lugar de celebración del contrato*, cuando dicho lugar no merece la consideración de establecimiento mercantil (permanente o no permanente) del empresario (al respecto, compárese la regulación actual con la inicial, que analizamos ampliamente en MIRANDA SERRANO, L. M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001).

⁶ Sobre lo que se expone a continuación, que trae causa directa de la Directiva 2011/83, *vid.* las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO, L. M., «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 85 y ss.; también, entre otros, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario de los arts. 92 y ss. del TRDCU», en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, pp. 1402 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, M., «El art. 98 TRDCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia?», *InDret*, núm. 4, 2018, p. 6 y ss.

comprende así que haya de negarse la consideración de contrato a distancia a los contratos negociados en los establecimientos mercantiles que terminan celebrándose a través de medios de comunicación a distancia, así como —inversamente— a los contratos que se inician a través de medios de comunicación a distancia, pero acaban concluyéndose en los establecimientos mercantiles de los empresarios con presencia física simultánea de las partes contratantes⁷.

2. Ha de tratarse, además de un contrato sobre contenidos digitales: caracterización de estos contratos en la Directiva 2011/83 y en el TRDCU

Como es natural, junto a lo anterior, es necesario que el contrato verse sobre contenidos digitales. Para saber cómo caracteriza estos contratos la normativa que se analiza reviste gran interés el Considerando 19 de la Directiva 2011/83⁸. De su lectura se desprenden una serie de conclusiones relevantes que pueden concretarse en las siguientes:

1.^a) El legislador comunitario diferencia entre contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de un soporte material (como un CD o un DVD o —como más tarde añade la Directiva 2019/770— una memoria USB o una tarjeta de memoria) y contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material alguno, esto es, enteramente en línea. A estos efectos, la noción de «soporte material» no puede considerarse equivalente a la de «soporte duradero». Este último concepto fue creado con la finalidad de garantizar la existencia y prueba de las declaraciones de voluntad negociales y comprende «todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un periodo de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción»⁹. Dicha consideración tiene, por ejemplo, «el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS» [art. 59 bis, letra f), TRDCU]¹⁰. En cambio, el concepto de soporte material es más restrictivo. Abarca los medios corporales diferentes del ordenador, la tableta o el teléfono del consumidor que hacen posible el suministro de contenidos digitales. De modo que las descargas en el disco duro del ordenador y el suministro directo de contenidos en dispositivos electrónicos mediante mensajes SMS o *e-mails* entran dentro de la noción de «soporte duradero» pero, sin embargo, no pueden ser considerados «soportes materiales» a los fines que aquí interesan¹¹.

⁷ Al respecto es muy ilustrativo el Considerando 20 de la Directiva 2011/83.

⁸ Dicho Considerando afirma lo que sigue: «Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios».

⁹ Vid. el art. 59 bis, letra f), TRDCU; esta definición trae causa de la que ofrece la Directiva 2011/83 en su art. 2, 10).

¹⁰ Así lo establece el art. 59 bis, letra f), TRDCU.

¹¹ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 14/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 101-102, a

2.^a) Todo apunta a que la razón de ser de la diferenciación entre contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de un soporte material y contratos sobre contenidos digitales suministrados completamente en línea está estrechamente conectada con el asunto que aquí ocupa nuestra atención: el derecho de desistimiento reconocido al consumidor por esta normativa. Y es que ciertamente, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, la Directiva 2011/83 contiene algunas especialidades relativas a dicho derecho que únicamente se aplican a los contratos sobre contenidos digitales carentes de soporte material. Como es natural, por obra de la Ley 3/2014, dichas reglas especiales han pasado también a formar parte del articulado de nuestro TRDCU y, como veremos, permiten concluir que el derecho de desistimiento atribuido al consumidor en estos contratos se caracteriza por tener una eficacia jurídica limitada, aunque —como contrapartida— se refuerzan los deberes de información de empresarios y profesionales en estos casos.

3.^a) En lo que concierne a los contratos en los que el suministro de los contenidos digitales prescinde de un soporte material y se lleva a cabo enteramente en línea, el legislador europeo es bastante claro a la hora de descartar de forma deliberada la opción de calificarlos como contratos de venta de bienes y/o de prestación de servicios. Así lo afirma el Considerando 19 de la Directiva 2011/83 cuando declara que «los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios».

4.^a) Ahora bien, dado que la conclusión anterior va referida a los contratos sobre contenidos digitales carentes de soporte material, cabría preguntarnos si los contratos sobre tales contenidos que se valen de dicho soporte (como un CD, un DVD, una memoria USB o una tarjeta de memoria) son, en cambio, calificados por el legislador como ventas de bienes. En rigor, el Considerando 19 no permite llegar a esa conclusión. Se limita a indicar que «[s]i un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva». Es verdad que de esta afirmación cabría deducir que estos contratos se equipararán en muchos casos a compraventas de bienes. Aunque no es difícil imaginar supuestos en los que esa equiparación resultará improcedente. Piénsese, por ejemplo, en el alquiler de un videojuego o de una película; o en un contrato sin precio, al que más adelante tendremos ocasión de referirnos. Parece claro que estas operaciones en modo alguno merecen calificarse como compraventas¹².

5.^a) Por otro lado, se ha de aclarar que si el contenido digital está incorporado a un soporte material y el consumidor lo adquiere a cambio de un precio (p. ej., compra un CD), ello no implica que dicho sujeto se convierta en propietario de dicho contenido. El derecho de propiedad en estos casos recae únicamente sobre el soporte material. Los derechos de propiedad intelectual que pudieran existir sobre los contenidos digitales siguen en poder de sus titulares. No ofrece duda, en este sentido, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) cuando dispone que «[e]l adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última» (art. 56, apdo. 1)¹³. Bien entendido que en relación con dichos contenidos el consumidor podrá reali-

quien más tarde sigue LÓPEZ MAZA, S., «Comentario del art. 59 bis TRDDCU», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del TRDCU*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 810-811.

¹² CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, p. 95.

¹³ *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, en BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996.

zar los actos que la ley contempla como límites a los derechos de propiedad intelectual (arts. 31 a 39 LPI), siempre, como es natural, que en su ejecución no se conculquen las exigencias legales (p. ej., está autorizado a efectuar una copia privada de dichos contenidos cuando estos no sean bases de datos electrónicas ni programas de ordenador)¹⁴. Esto explica que en los contratos sobre contenidos digitales prestados en soporte material haya de diferenciarse entre, por un lado, el contrato de compraventa basado en el traspaso de la posesión y la propiedad del denominado *corpus mechanicum* (esto es, del soporte material: CD, DVD, etc.) y, por otro, la licencia de uso del *corpus mysticum* (es decir, del contenido digital incorporado al soporte material en cuestión)¹⁵.

6.^a) De las consideraciones precedentes cabe obtener una conclusión general y reasuntiva de todo lo hasta ahora expuesto acerca de la caracterización que hace la Directiva 2011/83 del contrato sobre contenidos digitales. Esta no puede ser otra que la constatación de que el legislador comunitario eludió de forma deliberada la calificación jurídica de este contrato. En su lugar, optó por diferenciar entre contratos sobre contenidos digitales suministrados con y sin soporte material, diseñando un régimen a su medida de carácter transversal, funcional e independiente de las categorías contractuales existentes¹⁶. Al proceder de este modo, la Directiva 2011/83 se inserta dentro de la tendencia apreciable en la Unión Europea desde hace ya algunos años, consistente en eliminar en el mercado digital las diferencias entre los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios¹⁷. Por cierto que en la misma dirección se sitúa la Directiva 2019/770. Esta idea se infiere con nitidez de su Considerando 12, en donde se dice expresamente que no es cometido de esta norma —sino, en todo caso, de los Derechos nacionales de los Estados miembros— «determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico»¹⁸.

7.^a) La última de estas consideraciones ha de ir referida a la noción de «contenidos digitales» ofrecida por la Directiva 2011/83. Según el Considerando 19 que comentamos, estos se conciben como «los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios». En rigor,

¹⁴ LÓPEZ MAZA, S., «Comentario del art. 59 bis TRDCU», *op. cit.*, p. 813.

¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, p. 96; ampliamente, sobre las interrelaciones existentes entre los contratos de suministro de contenidos digitales y los derechos de propiedad intelectual: APARICIO VAQUERO, J. P., «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *InDret*, núm. 3, 2016, pp. 5 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹⁷ Crítico con esta tendencia y solución legal: GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL», en CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa*, Aranzadi Thomson Reuters, 2013, pp. 753 y ss., quien pone de manifiesto que «puede provocar inconsistencias con el Derecho nacional en los países de tradición romanista, que parten de una clara delimitación entre la puesta en el mercado de productos y la prestación de servicios, problema que de nuevo se agrava al usar la Directiva 2011/83 la técnica de la armonización plena, de manera que los Estados miembros apenas tienen margen de maniobra en la legislación nacional (art. 4 de la Directiva)».

¹⁸ En palabras de SPINDLER, G., «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, núm. 3, 2016, p. 6 (que, aunque referidas a la Propuesta de Directiva, valen también para la Directiva finalmente aprobada), el legislador «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 digital».

la esencia de esta noción no reside en los tipos de datos de que se trate, ni en su calificación jurídica o contenido, sino en la forma en que son presentados, que necesariamente ha de ser una forma «digital» —equivalente a «electrónica»—, tanto si se vehiculiza a través de un soporte físico o material como si se lleva a cabo enteramente en línea¹⁹. Se trata, sin duda, de una definición amplia que puede valorarse positivamente por un doble motivo²⁰. En primer lugar, por contribuir a una mayor protección de los consumidores, al no dejar contenidos digitales excluidos de las normas dirigidas a conferirles protección en este ámbito. En segundo lugar, por dejar la puerta abierta a que puedan formar parte de la noción de contenidos digitales nuevos métodos para el acceso a dichos contenidos susceptibles de surgir en el futuro, lo que parece especialmente importante en una materia tan dinámica y cambiante como esta²¹. El TRDCU, tras los pasos de la Directiva 2011/83, define del mismo modo el contenido digital, entendiendo por él «los datos producidos y suministrados en formato digital» [art. 59 bis, apdo. 1, letra i)]²².

3. El problema de los contratos sobre contenidos digitales (aparentemente) gratuitos: su admisión en la Directiva 2011/83 y en el TRDCU

Si lo anterior no parece ofrecer dudas —al menos de importancia—, no ocurre lo mismo, sin embargo, con la cuestión de determinar si caen o no dentro de la noción de contrato sobre contenidos digitales los negocios de carácter gratuito. Las dudas surgen por ser este un asunto sobre el que no se pronuncian de forma expresa ni la Directiva 2011/83 ni el TRDCU. De estas dudas se hace eco el *Informe que la Comisión Europea presentó en 2017 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre*

¹⁹ Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., «Propiedad intelectual y suministro...», *op. cit.*, pp. 5-6, quien concluye que «[e]n definitiva, *contenido digital* no es un particular tipo de *cosa* o *bien* como tal, sino uno presentado (producido, suministrado) de una particular forma o en un concreto formato (*digital* o *electrónico*)»; de forma similar a este autor (aunque con mayor imprecisión) se manifiesta CASTILLO PARRILLA, J. A., «El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de *software* y creación web en el Derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016, p. 49, al poner de manifiesto que «cuando se habla de suministro de contenidos digitales se está haciendo referencia por el momento a una compraventa que no se lleva a cabo a través de la entrega de un bien mueble tangible (p. ej., un CD o un DVD), sino a través de medios electrónicos (p. ej., descarga o reproducción en *streaming*)».

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, p. 112.

²¹ Sin embargo, considera criticable esta noción de contenidos digitales GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Compraventa y suministro de contenidos digitales...», *op. cit.*, p. 753, n. 1. Su crítica reposa en una doble consideración: 1.ª) Por un lado, en que «no tiene sentido que se diga que un contenido digital es *todo dato producido y suministrado en formato digital*», pues «da igual si los datos han sido producidos originariamente en digital o en analógico, lo importante es que el modo de llegada al consumidor es digital». 2.ª) Por otro, en que «[t]ampoco es un ejemplo de corrección técnica la Directiva cuando pone como ejemplo de *datos* los *programas, aplicaciones, juegos, etc.*, que son ejemplos de obras protegidas que requieren originalidad (al contrario que los meros datos, que por definición no son originales). Resulta además redundante la mención a *programas* (de ordenador) o *aplicaciones* (que son programas de ordenador). También a los *juegos*, que en este entorno serán siempre *programas* o *aplicaciones* (aunque puedan incluir elementos audiovisuales también).

²² En todo caso, la amplitud de la definición de contenidos digitales a la que acabamos de aludir no implica que haya de considerarse contenido digital a los efectos de la Directiva 2011/83 «la elaboración por un sitio de internet dedicado a la búsqueda de pareja, de un informe de evaluación de la personalidad sobre la base de un test de personalidad realizado por dicho sitio», como ha tenido ocasión de declarar expresamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su reciente Sentencia de 8 de octubre de 2020: STJUE (Sala 6.ª) de 8 de octubre de 2020 en el asunto C641/19, disponible en <https://eur-lex.europa.eu> (en concreto, *vid.* especialmente sus Cdos. 41 a 46).

la aplicación de la Directiva 2011/83, al apuntar que para algunos Estados miembros y partes interesadas «la aplicación de la Directiva a los contenidos digitales gratuitos no está del todo clara»²³. Ahora bien, pese a tratarse de una cuestión abierta, entendemos que existen argumentos de peso favorables a una respuesta afirmativa. El principal de ellos pivota sobre el Considerando 19 de la Directiva 2011/83. Como hemos expuesto más arriba, de él se infiere con meridiana claridad que los contratos sobre contenidos digitales no pueden calificarse ni como prestación de servicios ni como compraventa de bienes. Pues bien, si a ese dato (sin duda, relevante) unimos el hecho (no menos importante) de que las definiciones legales de los contratos de prestación de servicios y venta de bienes que ofrece la Directiva 2011/83 incluyen el precio como elemento esencial de dichos contratos [art. 2, apdos. 5 y 6, de la Directiva 2011/83 y art. 59 bis 1, apdos. a) y b) TRDCU]²⁴, todo parece apuntar a la admisión de los contratos gratuitos sobre contenidos digitales. Más aún si, junto a lo anterior, se constata que ni la Directiva 2011/83 ni el TRDCU exigen que el consumidor tenga que pagar un precio como requisito indispensable para que pueda celebrar un contrato sobre contenidos digitales sometido a la normativa que analizamos²⁵.

En esta misma dirección se pronuncia el *Documento de Orientación de la DG de Justicia relativo a la Directiva 2011/83*, publicado en junio de 2014 y orientado a facilitar la aplicación efectiva de la Directiva 2011/83. En él, ciertamente, tras aludirse al concepto de «contenido digital» de la Directiva («datos producidos y suministrados en formato digital») y a los ejemplos ofrecidos en esta materia por el Considerando 19 («programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios»), se dice expresamente que, de conformidad con el mencionado Considerando, «los contratos para contenidos digitales en línea están sujetos a la Directiva si no implican el pago de un precio por parte del consumidor». Y a esto se añade seguidamente que «si bien la Directiva, en su art. 2, apartados 5 y 6, define contrato de venta y contrato de servicios como contratos en los que el consumidor paga o se compromete a pagar un precio», en cambio, «no contempla ninguna disposición por la que los contratos para contenidos digitales en línea estén sujetos a un requisito similar de que el consumidor tenga que pagar un precio»²⁶.

Ahora bien, aclarado lo anterior, hemos de preguntarnos si, en rigor jurídico, es o no apropiado hablar en estos casos de contratos verdaderamente gratuitos. Nos explicamos: diariamente los consumidores celebramos millones de estos contratos, en muchos casos sin ser conscientes de que verdaderamente estamos contratando.

²³ Vid. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, Bruselas, 23 de mayo de 2017, COM(2017)259 final, apartado 5.

²⁴ En efecto, ciñéndonos exclusivamente al TRDCU, el art. 59 bis (intitulado «Definiciones») en su apartado 1, letras a) y b), define: «a) *contrato de venta*: todo contrato en virtud del cual el empresario transmite o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y *el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio*, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios. b) *contrato de servicios*: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y este *pague o se comprometa a pagar su precio*» (la cursiva es nuestra).

²⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, p. 103.

²⁶ *Documento de Orientación de la DG de Justicia relativo a la Directiva 2011/83*, de junio de 2014 (disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es_updated.pdf), p. 72.

consumidor del derecho de desistimiento se trata, por tanto, de colocar al consumidor en la misma situación en que se encontraría de haber celebrado el contrato dentro de un establecimiento comercial y en presencia del empresario o de su representante (en este sentido son muy ilustrativos los Cdos. 37 y 47 de la Directiva 2011/83). Pues bien, siendo esto cierto (y todo apunta a que lo es), hemos de aceptar que el consumidor, en principio, no está legalmente autorizado a probar el funcionamiento y las características de los contenidos digitales dentro de los establecimientos comerciales. Solo excepcionalmente, y como fruto de políticas y estrategias de promoción de la contratación seguidas voluntariamente por los empresarios y/o profesionales, los consumidores están facultados para realizar algunos usos limitados de contenidos digitales dentro de dichos establecimientos: ver muestras de películas, escuchar los contenidos de CD de música, probar videojuegos, etc.³⁷. De ahí que el legislador se haya decantado por un régimen legal del desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales en el que aparecen combinados dos factores principales cuyo ensamble no resulta fácil: por un lado, la facultad del consumidor de desistir del contrato durante un determinado plazo de tiempo y sin tener que alegar causa alguna (derecho *ad nutum*) y, por otro, la imposibilidad de que durante dicho plazo pueda hacer un uso a título de prueba del contenido digital sobre el que versa el contrato³⁸. El resultado de combinar estos dos factores, como se verá, no es otro que la atribución al consumidor de un derecho de desistimiento cuyo uso en la práctica será muy residual, sobre todo en los contratos en los que los contenidos digitales se suministran completamente en línea y, por tanto, sin soporte material alguno. En este sentido, no sería incorrecto afirmar que en la contratación digital el derecho de desistimiento se configura legalmente como un derecho de eficacia limitada, en términos comparativos con el derecho de desistimiento ejercitable en la contratación tradicional de bienes y servicios (no digitales)³⁹.

Ahora bien, junto a lo que acaba de exponerse, cabe pensar que también influyeron sobre el legislador a la hora de optar por este derecho de desistimiento de eficacia limitada otras consideraciones relativas a las dificultades que en este tipo de contratos conlleva la plena restitución de las prestaciones intercambiadas por las partes una vez ejercitado el desistimiento. Dichas dificultades no son difíciles de comprender. La restitución de los contenidos digitales será imposible o inadecuada, dependiendo de cada caso, tanto si dichos contenidos fueron suministrados a través de un soporte material o enteramente en línea. Porque o bien el consumidor puede restituir el original pero quedarse con una copia de idéntica calidad, o bien ya disfrutó los contenidos en cuestión o los utilizó para una necesidad concreta. Por su parte, la restitución de la contraprestación satisfecha por el consumidor, aunque no suscita especiales problemas cuando tiene carácter dinerario, posee, sin embargo, una mayor complejidad si consiste en una cesión de datos o en una prestación de hacer. Como ha señalado la doctrina que con mayor profundidad ha estudiado este asunto, es más que probable que estas consideraciones y la búsqueda de un equilibrio entre lo que técnicamente pueden hacer las dos partes contratantes (consumidor y empresario) en estos contratos, tuvieran una incidencia considerable sobre el redactor de la Directiva 2011/83 a la hora de conceder al consumidor un derecho de desistimiento de eficacia tan limitada como aquel por el que finalmente se optó⁴⁰.

³⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, p. 150.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, pp. 150-151.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 152-153.