

que puede ser de interés para un mejor entendimiento e incluso para una mejor aplicación del Derecho.

La obra *Derecho contractual y mercado interior europeo* se apoya en ella, especialmente en el concepto de «costes de transacción», para la evaluación del mercado interior, la disparidad contractual entre legislaciones y la mejor vía para que la reducción de esta incida en una mejora del funcionamiento de aquel, dentro del respeto a los principios de los Tratados de la Unión Europea y a la protección que se debe dispensar al consumidor.

Aunque podemos tener la impresión de que este último sirve al mercado interior y no a la inversa, el profesor Fernández Chacón lleva a cabo el esfuerzo de desarrollar esta intuición con base en este enfoque híbrido que podemos calificar como original, transitando por senderos no muy explorados por los juristas pero por los que también sería conveniente que nos «perdiéramos» ocasionalmente.

José M.^a LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor asociado de Derecho civil
Universidad de Málaga

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, M.^a Carmen (Dir.): *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 534 pp.*

Afirmaba D. Álvaro d'Ors en 1970, distinguiendo entre «noticias bibliográficas o reseñas» y «recensiones o notas críticas» que «las recensiones críticas propiamente dichas suponen un mayor esfuerzo y responsabilidad, y por eso mismo no es correcto que se encomienden a principiantes»¹; ya antes había sentenciado que «lo peor es que tan pronto el científico alcanza, por su preparación y su posición académica, un nivel superior, deja de hacer la crítica de libros. Porque es entonces cuando más útiles podían ser las críticas y más objetivas»². «Los científicos de mejor preparación están moralmente obligados a hacerlas»³ y «el desprecio por este servicio es muestra de cierta timidez académica, incluso de una como falta de urbanidad, que quizá sea difícil de desarraigar»⁴. Ciertamente, estas palabras, escritas entre 1961 y 1980, no sólo reflejaban el estado de la época, sino también el de muchas décadas posteriores en diversas revistas, aunque, desde luego, no cabe imputar a este *Anuario*, y menos en su actual etapa, ni a sus múltiples recensionadores de toda condición y mérito haber desatendido la llamada a cumplir con tal oficio. Por eso han resonado con más fuerza en la conciencia del autor de estas letras, que reconoce su desatención ya prolongada al género. Al encontrar un libro de valía, sobre materia en la que, por fin, comienza a publicarse monográficamente con cierta

* Esta recensión forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-1241910B-I00, financiado por MCIN / AEI / 10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado «Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales», del que el autor es IP.

¹ D'ORS, A., *Sistema de las ciencias*, Pamplona, 1970, II, p. 85.

² D'ORS, A., *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, p. 133.

³ D'ORS, *Sistema...*, cit., p. 86.

⁴ D'ORS, A., *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, p. 384.

intensidad, le ha parecido imperativo no contribuir «con su propia abstención a un ingrato silencio en torno a una producción científica que merecía en todo caso la atención de la crítica»⁵.

Hecha la confesión de los motivos últimos para recensionar esta obra (servicio debido y obra que lo merece), uno puede sentirse libre de acotar el enfoque que seguirá, pues al no tratarse de un encargo, ni de un compromiso, ni de un tributo de amistad (ni de inquina), es posible huir de la mera noticia, del resumen sumario del libro –pues para eso cabe recomendar la fidedigna presentación en tres páginas que brindan las directoras del volumen–, del debate en detalle con cada aspecto controvertido de sus capítulos para aprovechar la tribuna con ánimo de difundir en realidad las propias tesis del relator, etc. ¿Qué se pretende entonces? Una lectura para especialistas, que es lo que son los lectores del *ADC*, a cargo de un especialista. Por lo tanto, sólo se buscará aquí el destacado de una serie de problemas en los que los autores de veras profundizan y se muestran originales, los puntos concretos en que avanza la ciencia jurídica y en los que vale la pena, por su dificultad o falta de solución cerrada, seguir pensando.

Como preliminar, una visión general del libro. Es el resultado de un Proyecto de investigación y de un Congreso celebrado en la Universidad de Murcia (junio de 2022), universidad a la que pertenecen 9 de los 10 autores de las contribuciones. Los capítulos tienen una media de 50 páginas cada uno, algo más breve el último. De cara a la edición, hubiera sido mejor abandonar el orden del congreso y haber aglutinado los capítulos en torno a los ejes temáticos que, sin duda, pueden entreverse en sus páginas: *en primer lugar*, aspectos abordados por las Directivas 2019/770 y 2019/771, de 20 de mayo de 2019 y su transposición en España, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y al contrato de compraventa de bienes (capítulos 1, 5, 6, 9 y 10, estructurables acaso así: *cap. 1*, Arroyo Amayuelas: visión general de la transposición de ambas directivas; *cap. 10*, Plana Arnaldos: conformidad; *cap. 5*, García Ripoll: resolución del contrato; *cap. 6*, González Pacanowska: bienes con elementos digitales; y, por conexión, *cap. 9*, Navarro Castro: desistimiento). *En segundo lugar*, cuestiones relacionadas con los límites que la propiedad intelectual impone en el suministro de contenidos y servicios digitales (capítulos 2 y 3: *cap. 2*, Ataz López: las licencias de uso de contenidos digitales, tema que aún mantiene vínculo con las Directivas citadas; *cap. 3*, Casanova Asencio: explotación digital de la propiedad intelectual sobre obra musical). *En tercer lugar*, dos problemas cruciales sobre la contratación digital no armonizados en las dos Directivas de referencia ni en ninguna otra (capítulos 7 y 4: *cap. 7*, Macanás: la identificabilidad de las partes; *cap. 4*, Díez Soto: la responsabilidad de las plataformas o mercados en línea por el incumplimiento del contrato subyacente). *En cuarto lugar*, como tema distinto de todos los anteriores, pero de la máxima importancia, la adaptación de la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos al entorno digital (*cap. 8*, Martín Salmerón). Naturalmente, dado lo proteico del mundo digital y su regulación, cabe proponer otras ordenaciones temáticas distintas de la que aquí se sugiere o de la que el libro adopta. La selección de materias es muy oportuna, no busca la exhaustividad ni siquiera dentro de las principales normas abordadas y eso hace ganar al libro en profundidad, pero un poco más de detenimiento a la hora de dar la factura final al orden del volumen hubiera

⁵ D'ORS, *Sistema...*, cit., p. 86.

ratificado la acribia que, por lo demás, adorna el libro: la propia presentación adolece de ese pequeño descuido tanto al numerar incorrectamente los capítulos sintetizados como al referirse a los dos últimos en un orden que no es el finalmente plasmado, al no ser «el último capítulo» el dedicado al derecho de desistimiento, sino el relativo a la conformidad. Tómese esta objeción menor como una forma (crítica, *comme il faut*) de presentar al lector las materias y autores que habitan el ejemplar.

En el *capítulo primero*, la prof. Esther Arroyo Amayuelas (Universidad de Barcelona) realiza una acertada síntesis del Derecho español vigente tras la implementación de las Directivas 2019/770 y 2019/771, bajo el título «*La transformación digital de los contratos de consumo en España*» (incluye: marco legislativo, ámbito de aplicación material y subjetivo, conformidad, plazos, remedios, acción de regreso y directa, valoración de la reforma). Con valiosísimas notas y apuntes de Derecho comparado, marca de la casa, entiende que la transposición en el Derecho civil común español se ha producido «con más desacierto que fortuna» (pp. 24 y 53). Desde esta premisa, critica que el artículo 116 TRLGDCU siga declarando la incompatibilidad entre su régimen de conformidad y el del saneamiento del Código civil (que incluiría, a su juicio, no solo los vicios ocultos, sino también la evicción), pese a que las Directivas permitían mantener un régimen complementario, y denuncia la incongruencia que supondría que el artículo 117 TRLGDCU autorice recurrir a otras medidas correctoras cuando una ley así lo establezca, sin que la remisión quede clara ni pueda entenderse como una llamada implícita al régimen del CC sobre evicción. También expresa sus reproches contra el artículo 59 bis f), al no tomar partido sobre el régimen de los «contratos mixtos» (¿cuál ha de ser la calificación del contrato cuando incluye un paquete con distintos elementos, como bienes, servicios, contenidos digitales?); la falta de previsión de resolución parcial en ese tipo de contratos; el acotamiento del nuevo régimen sólo a los contratos de consumo cuando, a su entender, debería expandirse también a contratos entre empresarios; la decisión de no haber impuesto la reparación como remedio preferente frente a los vigentes postulados favorables a la economía circular; la fijación de un plazo de diez años de disponibilidad de las piezas de recambio, en lugar de poner en conexión el plazo con la vida útil de cada bien por sectores; en materia de plazos de prescripción, censura que el plazo de cinco años se haya adoptado con enfoque subjetivo, esto es, desde la aparición del vicio y no desde la entrega, y que no se explicita que el *dies a quo* tiene lugar dentro del plazo de responsabilidad.

Pero además de esta y otras críticas sobre la transposición, la prof. Arroyo se pronuncia sobre algunos aspectos que la Directiva deja en sombra o no resuelve y cómo debería ser su acomodo en Derecho español: por ejemplo, en el régimen de la resolución como remedio ante la falta de conformidad, la Directiva no hace referencia a los intereses moratorios, que la autora entiende exigibles conforme al régimen general del Derecho de obligaciones, habiendo de ser, además, automática la mora en la compraventa de bienes cuando el empresario los reciba; igual recurso al Código civil preconiza para garantizar la indemnización por los daños producidos tras el plazo de responsabilidad legal. En punto al candente tópico de los datos como contraprestación, se congratula de que la Directiva 2019/770 no requiera que el consentimiento se preste con los requisitos reforzados del RGPD (Reglamento General de Protección de Datos), afirmación esta (p. 32), apuntalada con la idea de que el incumplimiento del RGPD pudiera

permitir al empresario privar al consumidor de la protección del TRLGDCU, aunque los requisitos legales del consentimiento merecerían, entiendo, ulterior debate. Conectado con ello, sostiene la autora que si el consumidor revocara su consentimiento al tratamiento de los datos personales no debería darse al empresario un derecho de «resolución», sino de «desistimiento, denuncia o rescisión»; además, debería haberse fijado que el empresario debe abstenerse de usar los contenidos digitales del consumidor también cuando quien resuelve es aquél.

En definitiva, el capítulo aúna gran capacidad de síntesis, con críticas personales y bien fundamentadas sobre numerosos aspectos, de manera que no dejará indiferente ni al especialista ni al no iniciado, pues ambos saldrán de él con sumo provecho.

El capítulo segundo lleva la firma del prof. Joaquín Ataz López y constituye un lúcido, magnético y renovador ensayo, con mucho pensamiento propio, sobre las «*Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual*». El autor consigue explicar con sencillez suma problemas ciertamente complejos y hacer propuestas –que no necesariamente comparto *in totum*– sobre la noción e implicaciones de las «licencias de uso», categoría aún tan necesitada de estudio desde diversos ángulos. Aunque la doctrina española ya cuenta con solventes estudios sobre la interacción entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo (López Richart, Garrote Fernández-Díez), el prof. Ataz no entra en diálogo con esos ensayos previos, sino que afronta la tarea de desentrañar la naturaleza jurídica de esas licencias con repaso del entero ordenamiento y desde una doble premisa: por una parte, la «licencia» (= contrato de licencia), entendida como cesión de los derechos de explotación contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual (que no contiene una noción autónoma de licencia), en la que no existe, *a priori*, una parte débil; «licencia» que es distinta de la «licencia de uso» en la que el empresario impone restricciones al usuarios final. Y, por otra parte, estas restricciones responden a intereses empresariales y no de interés público en el fomento de la creatividad y, por ende, los intereses de los consumidores deben sopesarse en la misma balanza que el resto de las relaciones de consumo.

Desde estos dos postulados, el autor defiende una conclusión central, disconforme con el enfoque tradicional en esta materia, con varios corolarios: para el prof. Ataz la licencia de uso no puede considerarse un auténtico contrato entre el consumidor y el titular de los derechos de autor («principalmente si quien comercializa el producto en cuestión no es titular de los derechos de propiedad intelectual», p. 65); no hay, a su juicio, por tanto, dos contratos (uno con el suministrador y otro con el titular de la propiedad intelectual). Las licencias de uso, entiende, no son un contrato, incluso aunque se autodenominen así, sino sólo una cláusula contractual en el contrato por el que el usuario final accede a la obra protegida y delimita el objeto cuyo uso se transmite, de manera que dichas cláusulas pueden someterse al control de incorporación y de contenido (p. 73 ss., y, habría que añadir, también al control de transparencia). En este sentido, si la licencia es abusiva, será irrelevante que haya sido impuesta por el suministrador/vendedor directamente (único contrato bilateral firmado) o que haya sido predeterminada por el titular de los derechos de autor (no hay contrato con él), pues el empresario que comercializa los productos o servicios es responsable ante sus clientes de la abusividad (p. 82). A partir de ahí, el autor del capítulo interpreta los dos escenarios de aplicación, posibles a su juicio, del artículo 10 de la Directiva 2019/770 (*vid.* art. 117.2 TRLGDCU): el primero, más obvio, acaece cuando quien

distribuyó el contenido digital carecía de permiso del titular de los derechos de propiedad intelectual: cuando esa vulneración de derechos de tercero implique para el consumidor una restricción en el uso inicialmente permitido, se habrá producido una falta de conformidad. Según el prof. Ataz, también existirá falta de conformidad incluso si el titular de la propiedad intelectual no llega a reaccionar (esto es, no se hace efectiva la restricción de uso). El segundo escenario sería, aunque no encaje en el tenor de los artículos citados, cuando el proveedor de los contenidos digitales tiene derecho a suministrarlos y actúa, por tanto, correctamente, pero somete el disfrute de los contenidos a una licencia impuesta por el titular de la propiedad intelectual que implica restricciones sobre lo que el consumidor puede hacer que vayan en contra de sus legítimas expectativas (requisitos objetivos de conformidad): también habría falta de conformidad.

Bajo el título de «*Problemas en torno a la explotación digital de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical*», la Dra. Andrea Salud Casanova Asencio rubrica el *tercer capítulo*. Su exposición se divide en dos vertientes cuyo marco normativo no son las Directivas antes citadas sino la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado digital (y su transposición por RDL 24/2021, de 2 noviembre): por una parte, la relación de los autores con otros sujetos que participan en la producción y explotación de la obra musical, y, por otra parte, la relación entre los usuarios y los titulares de los derechos de explotación en punto a la compartición ilegítima de contenidos musicales protegidos por la propiedad intelectual. En cuanto a la primera relación, son de sumo interés las explicaciones sobre el funcionamiento práctico de la industria musical, el papel de los agregadores musicales (distribuidores) y su papel de intermediarios entre las plataformas y las compañías discográficas, de las que reciben en exclusiva los derechos y los distribuyen a varias plataformas de *streaming*: el desequilibrio existente entre los actores, el llamado «contrato 360°», etc. En este ámbito, la Dra. Casanova se muestra crítica con la transposición española de las tres medidas *ad hoc* contempladas en la Directiva 2019/790: respecto al principio de remuneración equitativa denuncia que la norma española se haya quedado en vagos principios sin implementar mecanismos de ejecución ni, por ejemplo, porcentajes mínimos desde el inicio; en relación con la acción de revisión por remuneración no equitativa objeta al mantenimiento del límite de 10 años (art. 47 LPI); y respecto al derecho de revocación por falta de explotación de la obra opina que es desproporcionado el plazo de 6 años fijado en la transposición, cuando la Directiva aludía a un plazo razonable.

En cuanto a la segunda relación (usuarios *vs.* titulares de derechos de explotación), aborda el consabido fenómeno de la compartición ilegítima de contenidos musicales por los usuarios de la plataforma con tres aportaciones propias o adscribiéndose a alguna de las tesis en liza en el debate: a) sostiene como mejor solución normativa actuar contra las plataformas y no contra los usuarios y quiere ver su reflejo en el artículo 17 de la Directiva 2019/790; b) respecto a este crucial y controvertido precepto insinúa que si bien no impone una obligación formal de rastreo y detección de actividades ilícitas, en la práctica sí habrán de realizarlo las plataformas para entenderse cumplidos los estándares de diligencia exigidos; c) al abordar los problemas específicos de la compartición en plataformas de *streaming*, acota los supuestos de usos legítimos de obras protegidas amparados por los límites o excepciones de la Directiva (por ejemplo, un podcast explicativo con breves fragmentos, o los «*reaction videos*», o las parodias de obras musicales)

y pone de relieve cómo las versiones musicales («covers» o «cover versions») no están cubiertos por los límites/excepciones de la Directiva y, por ende, requieren de autorización o licencia de uso, aunque la práctica demuestra que no suelen emplearse medidas especialmente expeditivas ni generalizadas contra estas actividades.

En el *capítulo cuarto* el prof. Carlos M. Díez Soto analiza la «*Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente*», un problema no sometido por ahora a armonización sino de forma muy parcial y que reviste el máximo interés práctico. Con su habitual claridad expositiva, el autor repasa con pormenor el marco normativo y su ámbito de aplicación, así como las obligaciones asignadas por tipos de operadores, con especial atención al Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales (RSD) en relación con la prestación de servicios digitales intermediarios (Reglamento cuya entrada en vigor está prevista para el 17 de febrero de 2024 pero que ya es Derecho vigente desde el 26 de agosto de 2023 para Plataformas y Buscadores de Gran Tamaño: artículo 92, cuatro meses desde la notificación de la Comisión Europea a esas entidades). La principal conclusión y *leit motiv* del capítulo es que la normativa europea de consumo ha limitado la imposición de prohibiciones y obligaciones sustantivas (y sus correspectivas responsabilidades) y ha primado reforzar los deberes de información y transparencia. El prof. Díez Soto subraya algunas novedades relacionadas con los puertos seguros, como la llamada «cláusula del buen samaritano» (art. 7 RSD, pp. 183 y 188) por la que se evita gravar con responsabilidad a quien precisamente fue diligente al implementar medidas de control activo, y analiza los fundamentos con los que podría hacerse responder a los intermediarios, que no son parte del contrato subyacente y, por lo tanto, en principio, no responden por el incumplimiento de este, mostrándose favorable a consagrar su responsabilidad en algunos casos, con apoyo fundamentalmente en algunas propuestas formuladas desde el *European Law Institute* (ELI).

El autor llega a distinguir y analizar cinco posibles fundamentos para esa responsabilidad del intermediario, con sugerencias personales: 1) La responsabilidad del proveedor del mercado en línea por las garantías prestadas respecto al contrato subyacente, garantías habituales que enumera; pero aún va más allá y sostiene la posible responsabilidad por generar con sus actos, implícitamente, una expectativa legítima de erigirse en garante del cumplimiento (*vid.* un ejemplo en la SAP Cuenca 118/2018, de 8 de mayo). 2) Responsabilidad por incumplir sus propias obligaciones: sobre ello, el prof. Díez Soto estima que la responsabilidad deriva no sólo de incumplimiento de lo fijado en sus condiciones generales, sino también de los deberes que, inferidos de la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, los usos y la ley; e incluso defiende tanto la posible aplicación del artículo 147 TRLGDCU (y de la normativa sobre prácticas comerciales desleales) como que dicha responsabilidad sea solidaria. 3) Responsabilidad por propiciar confusión sobre la identidad del suministrador o sobre la información del producto, escenario este más pacífico (desde la STJUE 9.11.2016, *Wathelet*, y *vid.* art. 53 RSD), en el que el autor apoya la solución propuesta en las *ELI Model Rules*: el consumidor debería poder reclamar a la plataforma aunque su contraparte sea otro consumidor. 4) Responsabilidad por ejercer una «influencia predominante» sobre el suministrador: el concepto acuñado por el TJUE ha sido predominantemente omitido en las últimas Directivas para evitar una regla general de responsabilidad, según resalta el autor, por lo que no podrá

ser la base única para imputar responsabilidad, sino que habrá que combinarlo con alguno de los tres fundamentos anteriores; el prof. Díez Soto también subraya una idea capital: que una plataforma intermediaria no pueda acogerse a uno de los criterios de exención de responsabilidad (puerto seguro) no significa que sea necesariamente responsable por el negocio subyacente (pp. 202, 205 y 206). 5) Responsabilidad ante la dificultad o imposibilidad de ir contra el tercero suministrador: para estos supuestos, el autor propone la aplicación analógica de diversas normas de consumo (productos defectuosos, intermediarios de crédito, viajes combinados) que cumplidamente repasa.

En el capítulo quinto el prof. Martín García-Ripoll Montijano se ocupa del remedio al que la Directiva 2019/770 dotó de matices más novedosos: «*La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*». La principal virtud del capítulo –con alguna licencia verbal que desentona con el tono académico del volumen, v. gr. p. 245, n. 52– estriba en plantear supuestos posibles dudosos poco abordados y en completar el régimen de la transposición española (y algunos aspectos no tratados por la Directiva) con el recurso al Código civil y a la jurisprudencia española sobre Derecho contractual general. De inicio, el autor dedica atención a la resolución por falta de suministro (supuesto que procede de la Directiva 2011/83, no de la Directiva 2019/770) y entiende que en realidad es una falta de conformidad grave, por lo que la diferencia entre falta de suministro y suministro no conforme es, desde el punto de vista de la resolución, «un atentado a la economía normativa». Además, apunta que el supuesto limítrofe de entrega de cosa distinta, constituiría un caso de falta de conformidad, no de falta de suministro. Ya en terreno de la resolución por puras faltas de conformidad, el prof. García-Ripoll promueve la distinción de tres tipos (a partir de la relación entre los arts. 14.4 y 14.6 de la Directiva 2019/770): faltas de conformidad graves (con posibilidad de resolución automática), media (sin resolución automática) y leve. En cuanto a los supuestos dudosos (y poco tratados hasta la fecha) relacionados con los remedios en general –de los que subraya la alteración de la jerarquía tradicional por la nueva Directiva–, realiza un balance argumental, sin llegar a decantarse acerca de si el empresario cumplirá poniendo a disposición del consumidor el contenido o servicio digital cuando ha transcurrido un plazo razonable para la puesta en conformidad y el consumidor no ha reclamado un remedio secundario; más decidido se muestra, en contra de la doctrina mayoritaria, al patrocinar que en caso de reparación por un defecto, cuando después aparece otro distinto, el empresario tendrá la facultad de arreglar ese nuevo defecto (no daría paso a la resolución por el consumidor). Sobre la carga de la prueba de que el defecto es leve, que corresponde al suministrador, el autor destaca que no se trata de un hecho, sino de una valoración, que corresponde al juez. En otro orden de cosas, como la Directiva no regula la imposibilidad sobrevenida de la prestación, a su juicio es necesaria la declaración resolutoria, porque en caso contrario sólo quedaría extinguida la obligación del deudor. En cuanto a los efectos generales de la resolución, se muestra muy crítico con la decisión de que la resolución no pueda conllevar ningún tipo de gastos al consumidor, porque ha podido reportar utilidad al consumidor y comportaría un enriquecimiento injusto.

Finalmente, en cuanto a los específicos efectos de la resolución cuando la contraprestación contractual fue el tratamiento de los datos personales del consumidor, aunque la tesis del prof. García-Ripoll parece ser que en este caso no existe auténtico acuerdo ni un contrato (pp. 258 y 265), la lectura

del despliegue de argumentos a favor y en contra que ofrece acaba siendo algo contradictoria y poco convincente; por ejemplo, como bien indica (p. 257), «el derecho a recuperar datos no personales supone implícitamente admitir el carácter contractual de la relación». Pero, en definitiva, en los puntos más controvertidos de este asunto, el autor discrepa de que existan dos consentimientos (uno para datos, otro para el contrato), entiende que si el consumidor se retracta de su consentimiento al tratamiento de datos significa que quiere la resolución y se adscribe a la tesis de que el deber de informar del «precio total» debe incluir también la contraprestación en datos. También abandera la existencia de indemnización en caso de entrega de datos por el consumidor que finalmente no tiene acceso al contenido o servicio digital. En su recapitulación final, el prof. García Ripoll resume (p. 265) en cinco los aspectos que entiende más criticables de la nueva normativa –que *mutatis mutandis* coinciden con la selección aquí expuesta– y concluye, algo enigmáticamente, en relación con el asunto de los datos como contraprestación: «a quien suscribe, a fuer de malicioso, le asalta la duda de si (...) se ha querido encajar con calzador en el concepto de contrato para evitar que el consumidor estuviera legitimado para ejercitar posibles acciones de enriquecimiento».

Para el *capítulo sexto* se ha seleccionado uno de los temas más complejos y aún muy necesitados de estudios profundos como el que precisamente ofrece una de las dos directoras del volumen, la prof. Isabel González Pacanowska: «*El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales*». El fenómeno de los *smart goods* o bienes inteligentes demanda numerosas aproximaciones jurídicas (protección de datos, intimidad, propiedad intelectual, productos defectuosos, Derecho contractual, etc.). La autora se centra en desentrañar minuciosamente la nueva regulación de estos «bienes con elementos digitales» en las Directivas 2019/771 y 2019/770 y toma decidida y argumentada posición en contra tanto de la decisión europea de someter su régimen a la primera de las dos Directivas hermanas, como de la transposición española que, al refundir ambas normas en el TRLGDCU, «oscurece el reiterado objetivo comunitario de claridad y seguridad» y olvida «los esfuerzos de las propias Directivas en perfilar su respectivo ámbito de aplicación» (p. 277), pues prescinde de varias normas sobre el ámbito, omite la definición de «compraventa» de la Directiva 2019/771 y unifica en torno a la noción de «empresario» la contraparte del consumidor, cuando las directivas distinguían cuidadosamente entre «vendedor» del bien con elementos digitales y el «empresario» suministrador de los contenidos digitales. La propia decisión comunitaria de adscribir por entero el régimen de los bienes con elementos digitales a la directiva sobre compraventa (2019/771) y no a la del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (2019/770) implica en esencia que el vendedor es responsable de la falta de conformidad provocada por cualesquiera de los elementos del bien (físicos o digitales, contenidos y servicios) e incluso no sólo de la falta de conformidad inicial sino de la posterior a la celebración del contrato y entrega del bien, como son las actualizaciones a cargo de tercero. Por las disfunciones y desventajas para el consumidor que esto puede provocar, la prof. González Pacanowska denuncia, por ejemplo, que el vendedor no podrá proporcionar la actualización pero es el legitimado pasivo para ello frente al consumidor, y esta ampliación de responsabilidad del vendedor introduce una suerte de contrato de servicio ajeno a la compraventa, que se pasa a convertirse en una relación duradera con los compradores (pp. 316-317); o también la dificultad de que el consumidor pueda usar

ciertos remedios contra el vendedor y, en particular, en sede de resolución, de poco servirán las reglas contractuales, aplicadas a bienes con elementos digitales, en relación tanto con datos personales como con datos no personales suministrados por el consumidor a terceros al usar el bien, pues dichos datos no son controlados por el vendedor (pp. 327-328).

El capítulo (casi una pequeña monografía de 65 páginas) se muestra exhaustivo en su abordaje del concepto de «bien con elementos digitales», del contrato de compraventa de ese objeto híbrido, de la posición del vendedor y de las pretensiones contra terceros distintos del vendedor. Además de las ideas-fuerza del ensayo, ya destacadas, cabe sintetizar así las aportaciones más originales de la autora: la denuncia de la defectuosa transposición del concepto de «compraventa» contra el postulado de la armonización plena (la incorrecta y limitativa referencia española a la «compraventa de bienes existentes», la exclusión a efectos de responsabilidad de la transmisión gratuita de bienes con elementos digitales); la crítica a la decisión europea de que cuando los soportes materiales sean meros portadores de los contenidos digitales queden sometidos sólo a la Directiva 2019/770 de contenidos digitales (aduce como ejemplo que si un DVD está rayado lo esperable es que el *vendedor* lo sustituya inmediatamente por otro); las nefastas consecuencias de no haber transpuesto la regla del artículo 3.3 de la Directiva 2019/771 que resuelve los supuestos limítrofes o dudosos, ni la definición de «paquete de distintos elementos» del artículo 3.6 de la Directiva; el amplio margen que el legislador europeo deja al vendedor en la configuración del contrato y la delimitación de lo que son «sus funciones», las propias del bien según la oferta y las condiciones generales, con evidente peligro de que las cláusulas de estilo excluyan la responsabilidad del vendedor –práctica que habrá que combatir con la protección frente a cláusulas abusivas–; la defensa de la autora de la vigencia del plazo de 30 días como obligación de entregar el bien con elementos digitales, pese al silencio legislativo; o de la posibilidad de exigir actualizaciones más allá del plazo legal de garantía en contratos de acto único de suministro digital con base en la noción de expectativa razonable según las circunstancias; o la crítica a la inexistencia de acción directa contra el fabricante del bien o el suministrador del contenido digital (sobre todo para actualizaciones, que mantengan el *update*, pero sin obligación de *upgrade*), etc.

Bajo el título de «*La identificabilidad en los contratos digitales*», el prof. Gabriel Macanás firma el *capítulo séptimo*. En él se enfrenta, en un ejercicio creativo con las categorías jurídicas, al problema de la «no identificabilidad» de las partes contractuales (o, en palabras del autor, al estatuto jurídico de la «inidentificabilidad» subjetiva como categoría), que es propiamente la idea directriz del original ensayo. El prof. Macanás trata de insuflar nuevas consecuencias al hecho de que pese a existir un contrato por concurrir consentimiento de al menos dos personas, el no poder llegar a identificar a una de ellas impida la ejecución del contrato; su tesis es que el contrato podría adolecer de nulidad absoluta. Veamos cómo y por qué llega a esta conclusión radical. En primer lugar, clasifica los principales supuestos de imposibilidad de identificar a las partes en el entorno digital: el anonimato posible en el *blockchain* (sobre todo en la modalidad «pública», debido a la falta de un controlador centralizado, la ausencia de exigencia de prueba de identidad, con acceso anónimo y ejecución dispersa); el anonimato igualmente empleado en los *smart contracts* celebrados con esa tecnología (en los que, sólo en apariencia, ante la mayor certidumbre de cumplimiento parece más irrelevan-

te la identidad de los contratantes); o la actuación a través de identidades digitales tan tenues como el correo electrónico. A continuación, analiza la relación entre partes, identidad e identificabilidad a lo largo de varias ramas del ordenamiento (penal, procesal, civil) para colacionar finalmente las consecuencias civiles de la imposibilidad de identificar a una parte contractual: la imposibilidad de exigir al deudor anónimo ningún tipo de cumplimiento, traducido asimismo en la imposibilidad de ejercer procesalmente ninguna acción (cfr. arts. 156 y 256 LEC sobre averiguación del domicilio); la imposibilidad de interrumpir la prescripción, de compelerle a cumplir la forma acordada, de verificar si existe un consumidor y un empresario (y, por ende, de aplicar la normativa de consumo), de si existe un menor de edad, una persona con discapacidad que precisa apoyos o una persona con prohibición de disponer... A juicio del autor, son insuficientes los remedios que ofrece el ordenamiento (el parangón con el usuario que empleó firma digital, la responsabilidad de la plataforma empleada en la contratación o la asunción del riesgo de que la otra parte no esté identificada), por lo que pasa a formular su tesis de la ineficacia del contrato por inidentificabilidad de las partes. Y lo funda bien en la consideración de tratarse de un elemento esencial del contrato con una interpretación extensiva del artículo 1261 CC –lo cual probablemente no alcance consenso académico y jurisprudencial– o bien vinculándolo al consentimiento y la prohibición del artículo 1256 CC de dejar el cumplimiento al arbitrio de quien se reserva la posibilidad de identificarse en algún momento, para concluir que la ineficacia *ad hoc* es la nulidad absoluta y no la anulabilidad relativa.

El *octavo capítulo* está a cargo del Dr. Andrés Martín Salmerón: «*Algunas reflexiones sobre las propuestas de modificación de la directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*». En 70 páginas, el autor desglosa las principales propuestas existentes (del *European Law Institute* [ELI] y de la Comisión Europea, ambas de 2022) para adaptar la Directiva 85/374/CEE al nuevo entorno digital; en particular, tomando postura en cuanto a la adaptabilidad de los conceptos y definiciones existentes o la necesidad de crear nuevas categorías y nociones. Respecto al concepto legal de «producto», el Dr. Martín Salmerón entiende que tanto el *software* y los contenidos digitales como los bienes con elementos digitales estarían incluidos en el concepto general y flexible existente; si hubiera que introducir un nuevo concepto argumenta como preferible el propuesto por la Comisión Europea (frente al del ELI), aunque censura que ninguna de las dos propuestas haga referencia a los animales, los órganos humanos o la sangre, ni que tampoco aborden la inteligencia artificial. En relación con el carácter «defectuoso» de los productos, el autor comparte la decisión de las propuestas de mantener la concepción existente, pero ajustándola a la jurisprudencia del TJUE en el sentido de respetar las expectativas de seguridad desde un punto de vista objetivo (del «gran público») y no subjetivo. También aplaude los nuevos rasgos de la noción de «puesta en circulación» al constatar que las nuevas tecnologías permiten a los fabricantes un control del producto más allá del momento de comercialización, frente el criterio tradicional de fijar plazos y consecuencias desde la pérdida de control del productor con la transmisión del producto; sin embargo, pone en duda que las nuevas propuestas sean suficientemente claras en punto a si estarían cubiertos por ellas los productos digitales a cambio de datos personales. El autor del capítulo hace un repaso de las diversas normas sectoriales existentes o en vías de aprobación sobre la seguridad general de productos y subraya que los estándares

que crean sin duda servirán de referencia para fijar las expectativas legítimas del gran público pero no pueden servir de parámetros para eximir totalmente de responsabilidad al productor.

Siguen consideraciones de interés sobre la entrada al mercado de productos perfeccionados con posterioridad, la interacción entre productos (internet de las cosas), la capacidad de aprendizaje de un producto o las expectativas de seguridad por grupos específicos, para abordar por último con detalle los otros dos grandes temas clásicos en este ámbito: los sujetos responsables y las causas de exoneración de responsabilidad. En cuanto a lo primero, el Dr. Martín Salmerón, destaca y contrasta las novedades de ambas propuestas: la inclusión de los fabricantes de un elemento digital del producto y también de los que renuevan completamente un producto o lo reacondicionan (bajo la presunción de que si la modificación sustancial se produjo fuera del control del fabricante original se entiende que se ha fabricado un producto nuevo), aunque el autor detecta alguna contradicción entre la nueva responsabilidad de quien manda diseñar un producto y quien produce algo para su propio uso, sin mediar actividad comercial; la responsabilidad solidaria del «representante autorizado» del productor dentro de la noción de importador, y la responsabilidad subsidiaria con que la Comisión grava a los proveedores de servicios logísticos o la igualmente subsidiaria con que ambas propuestas cargan a las plataformas en línea. Por último, en cuanto a las causas de exoneración, el autor repasa causa por causa, aquellos puntos de continuidad o novedad respecto a la Directiva en vigor y pone el acento en las novedades, como las que suponen que los fabricantes respondan por daños causados por actualizaciones informáticas, mejoras de seguridad o falta de actualizaciones; las referencias a la fabricación parcial de componentes (cuya regla siguen sin aclarar plenamente algunas cuestiones relativas a bienes con elementos digitales); o la nueva redacción de la regla sobre riesgos de desarrollo (ajustándola a las nuevas nociones de «introducción en el mercado», «puesta en servicio» o «estar bajo control»), si bien, apunta, no parecen quedar completamente aclaradas las dudas habituales con la expresión «estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado».

Como *capítulo noveno*, el prof. Miguel Navarro Castro analiza «*El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales*», con un correcto y ordenado análisis de su problemática, encontrándose sus aportaciones propias en la parte intermedia (pp. 482-487). El capítulo no aborda el régimen del desistimiento en relación con contenidos digitales, sino solo para delimitar éstos respecto a los servicios digitales, que cuentan con su régimen distintivo, objeto de esas páginas, aclarando así algunas zonas ambiguas y destacando la interpretación restrictiva adoptada por el TRJUE (sentencia de 8 de octubre de 2020, *EU* contra *PE Digital GmbH*), en caso de duda, sobre el concepto de «contenidos digitales» a estos efectos. El prof. Navarro expone las diferencias entre el derecho de desistimiento en la compraventa de bienes y en los contratos de servicios. Al reflexionar sobre los contratos de servicios prestados a cambio de datos personales destaca que la posibilidad de revocar el consentimiento durante toda la vida del contrato disminuye el interés del consumidor por emplear el desistimiento. Tras explicar los deberes de información y las reglas sobre el ejercicio del derecho, refrenda que la reforma española de transposición de 2021, pese a algunos cambios de redacción (art. 103.m TRLGDCU), no ha incluido modificaciones en esa materia, ni tampoco en la dicotomía contenidos/servicios digitales; ha sido la citada STJUE la que, en palabras del autor, «parece introducir un doble concepto de

contenido digital, uno más restringido referido a la aplicación del régimen del desistimiento que, en cuanto restringe los derechos del consumidor, debe ser interpretado restrictivamente, y otro más amplio, sino queremos dejar fuera a los servicios digitales que, sin encajar en los supuestos excepcionados de la aplicabilidad de este precepto, sí parecen responder a la categoría de contenido digital a otros efectos que no requieran esta interpretación tan restrictiva, por carecer de un carácter excepcional». A su entender, la Directiva 2011/83 –tras la reforma operada por la Directiva 2169/2019, con las nuevas definiciones de contenido y servicio digital, concordantes con las de la Directiva 2019/770– incluye como suministro de contenidos digitales todos aquellos contratos en que la prestación esté constituida por un único acto de suministro al consumidor de uno o varios elementos específicos de contenido digital, mientras que los contratos que comporten suministro continuo en un período de tiempo quedarían fuera de ese concepto (y del régimen excepcional del artículo 16.m) y, por ende, pese a su carácter digital, les sería aplicable el régimen general del desistimiento de los contratos de servicios, lo cual tiene refrendo, para los casos de duda, en el considerando 30 de la citada Directiva. Respecto al comienzo de la ejecución contractual en los casos de venta anticipada de contenidos digitales como videojuegos, libros o películas, descargados pero no accesibles hasta el día del lanzamiento, el autor patrocina que hasta que no se produce el acceso no hay razón para excepcionar la regla, por lo que debería poder desistir durante los 14 días siguientes a la celebración del contrato, salvo que antes accediese. La parte final del trabajo se centra en las consecuencias del desistimiento: en el supuesto de contratos con contraprestación en datos personales, el prof. Navarro entiende, correctamente, que al retirar la autorización al tratamiento de datos no se desiste automáticamente del contrato ni supone incumplimiento contractual (una interpretación opuesta, *supra*, sostiene en el capítulo quinto el prof. García-Ripoll) y se acoge a la concepción de que lo otorgado al empresario en esos casos por el artículo 119ter 7 TRLGDCU no es un derecho de resolución, sino de desistimiento unilateral o una desaparición de la causa de la obligación del empresario. A la inversa, la manifestación de la voluntad de desistir lleva implícita la revocación del consentimiento a tratar los datos del consumidor.

La prof. M.^a Carmen Plana Arnaldos, codirectora del volumen, cierra este con el capítulo décimo, el más breve (30 páginas), relativo al amplio tema de la «*Conformidad de los contenidos y servicios digitales*». La autora busca centrarlo en la función de la conformidad y en la diferencia entre los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad, en torno a esta pregunta central: si los estándares objetivos diseñados por la Directiva 2019/770 son subsidiarios o si existe un mínimo legal imperativo. En definitiva, se cuestiona el margen de autonomía de la voluntad que permite la norma europea. Tras repasar los precedentes de la norma (CISG, Directiva 1999/44/CE, DCFR, CESL y propuesta de Directiva de 2015) y clasificar como una dicotomía las respuestas de la doctrina, aunque quizás sea difícil atrapar fielmente con esa clasificación binaria los matices distintivos entre quienes sostienen que la nueva Directiva sí introduce cambios y, por ende, se trata de una aplicación cumulativa, frente a los que entienden que no ha habido tal cambio de enfoque porque sigue existiendo una interpretación subjetiva de la conformidad, sin que primen los requisitos objetivos, la prof. Plana concluye que la regulación separada de requisitos objetivos y subjetivos supone una novedad y no se puede considerar que sea un sistema de conformidad subjetiva que siga el

modelo anterior (p. 523); a su juicio, «no es necesario establecer una jerarquía entre remedios objetivos y subjetivos, su aplicación sería más bien acumulativa», lo que «implica que ninguno de los criterios puede ser obviado para considerar que el contenido o servicio es conforme» (p. 522), por lo que el objeto deberá responder a las legítimas expectativas del consumidor (derivadas de lo común en el mercado y de la información precontractual recibida) y a lo pactado en el contrato (lo incluido en el documento contractual y lo que tácitamente se deriva del acuerdo). De lo cual infiere que si el modelo contractual está estandarizado, primarán los elementos objetivos, salvo pacto con los requisitos del artículo 8.5 de la Directiva, «lo que será difícil», en tanto que si no está estandarizado por ser un servicio novedoso o personalizado primarán los requisitos subjetivos y, en tal caso, «el pacto podrá cumplir fácilmente los requisitos del artículo 8.5 DCD». Acto seguido, la autora se centra en examinar las exigencias de validez del pacto de exclusión de criterios objetivos de conformidad, para concluir con algunas afirmaciones algo crípticas o, quizás, inexactas: «las cláusulas que se refieran a características concretas del contenido o servicio y se desvíen de los criterios objetivos de conformidad no se puede entender que formen parte de los requisitos esenciales excluidos del control de abusividad» (p. 530) y que el acuerdo que se desvíe de los requisitos objetivos «está sujeto a requisitos formales tan estrictos que apenas será posible en la práctica» en los contratos en masa (*ibidem*, cfr. nota 97). En realidad, a mi juicio, sólo quedan potenciados con ese artículo 8.5 los deberes de transparencia para generar un consentimiento «granular»: de ahí que no es que esas desviaciones no formen parte de la descripción de los elementos esenciales del contrato y por eso puedan ser consideradas cláusulas abusivas, sino que por no cumplirse el deber de transparencia sobre el núcleo del contrato se permita, además («además» de por control de transparencia, artículo 4.2 Directiva 93/13 *in fine*), enjuiciar esas cláusulas contrarias a los requisitos objetivos de conformidad como cláusulas abusivas por un control de contenido que toma por parámetro de contraste precisamente dichos criterios objetivos de la Directiva 2019/770. Pero esto nos lleva ya a la aún incierta relación entre esta última Directiva y la Directiva sobre cláusulas abusivas, por lo tanto, a las consecuencias de la falta de conformidad más allá de los remedios específicos establecidos en la Directiva 2019/770.

En definitiva y para concluir: se trata de una obra en su conjunto particularmente valiosa por la originalidad de ciertos planteamientos, por la selección de algunas de las materias más complejas suscitadas en las nuevas normas sobre la contratación digital y por la profundidad y nivel de detalle en el que se han conjurado sus autores. Si en algún pasaje quien esto escribe se ha deslizado con críticas puntuales, la voz que abría esta recensión resonaba dándole licencia e impulso: según d'Ors, «hay a veces un como temor a ofender al autor con críticas y una convención de que la recensión es una forma de elogio: son formas de paletismo científico»⁶. Larga vida a esta valiosa sección del *Anuario*.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho civil
Universidad de La Rioja

⁶ D'ORS, *Papeles...*, cit., p. 133.