

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADA DE UNA FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE
SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

*COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED BY A LACK OF
CONFORMITY OR A FAILURE TO SUPPLY THE DIGITAL CONTENT
OR DIGITAL SERVICE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1436-1477

Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la indemnización por daños y perjuicios que se puede pretender por parte del consumidor o usuario ante una falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital. Dado que la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU han renunciado a establecer una regulación de la misma para reclamar los posibles daños y perjuicios que se puedan producir en este ámbito, es necesario acudir a las normas generales del Derecho Común, en concreto, a los arts. 1.101 y ss. CC, aunque ello no está exento de problemas, para los cuales se ha pretendido establecer algunas soluciones.

PALABRAS CLAVE: Consumidores; usuarios; contenidos digitales; servicios digitales; contrato de suministro; falta de conformidad; indemnización por daños y perjuicios; medidas correctoras; datos personales; Directiva 2019/770; TRLGDCU.

ABSTRACT: *This paper analyzes the compensation for damages that can be claimed by the consumer or user in the event of a lack of conformity or lack of supply of digital content or service. Given that Directive 2019/770 and the TRLGDCU have renounced to establish a regulation of the same for claiming possible damages that may occur in this area, it is necessary to resort to the general rules of Common Law, specifically, arts. 1.101 et seq. CC, although this is not without problems, for which we have tried to establish some solutions.*

KEY WORDS: *Consumers; users; digital content; digital services; supply contract; lack of conformity; compensation for damages; remedies; data protection; Directive 2019/770; TRLGDCU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES COMO PRESUPUESTO PREVIO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.- III. LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO.- I. ¿En qué debe consistir la indemnización?.- 2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con las medidas correctoras.- 3. ¿Pueden existir diferentes tipos de indemnización?.- IV. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONFORME A LAS REGLAS DEL DERECHO COMÚN.- I. Fundamentos normativos de la indemnización por daños y perjuicios.- 2. Determinación de los daños y perjuicios.- V. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.- VI. LA INDEMNIZACIÓN COMO FÓRMULA PARA COMPENSAR AL CONSUMIDOR QUE HA CEDIDO SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La imparable evolución tecnológica que estamos experimentando ha traído consigo nuevos retos para la sociedad y la economía, pero también para las legislaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros. Uno de los retos inminentes para los ordenamientos jurídicos es dotar de seguridad jurídica a las relaciones de consumo y aumentar la protección del consumidor en aquellos casos en que resulte especialmente vulnerable.

El suministro de contenidos y servicios digitales ha ido tomando protagonismo en los últimos tiempos. Es cierto que los consumidores y usuarios obtienen innumerables ventajas de estas adquisiciones, pero también es cierto que existe cierta desconfianza por parte de los mismos, especialmente porque en la mayoría de ocasiones no tienen contacto físico con el vendedor, no pueden comprobar las características del contenido o servicio digital con carácter previo y, en caso de que no sea conforme, no existe un establecimiento al que puedan ir a reclamar. Por todo ello, es tan importante establecer un marco jurídico que proteja adecuadamente los derechos e intereses de los consumidores, que se presentan como la parte débil en este tipo de relaciones jurídicas, especialmente en el ámbito digital.

La Unión Europea es consciente de la situación, por ello tiene como objetivo garantizar a los consumidores un mejor acceso a los contenidos y servicios digitales, y facilitar que las empresas suministren contenidos y servicios digitales, ya que ello puede contribuir a impulsar la economía digital de la Unión y a estimular el crecimiento en general. En este sentido, dentro de la Estrategia para un Mercado Único Digital, se lanzó la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo,

• **Álvaro Bueno Biot**
Investigador predoctoral, Universidad de Valencia
Alvaro.bueno@uv.es

de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD)¹, que ha sido transpuesta al Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) a través del RD Ley 7/2021², de forma conjunta y con un enfoque unitario, junto con su gemela: la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante, DCVB)³.

En la DCSD se han pretendido armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)⁴. En este sentido, con la DCSD y, por ende, con su transposición al TRLGDCU se ha establecido un marco contractual claro para los contenidos y servicios digitales, así como cuáles son los derechos y obligaciones contractuales del consumidor o usuario en la adquisición de este tipo de contenidos⁵, en especial, para hacer frente a los problemas relacionados con la calidad o el acceso a los mismos, ya que es bastante frecuente que los consumidores o usuarios reciban contenidos o servicios digitales erróneos o defectuosos, o simplemente el proveedor no cumpla con su obligación de suministro.

Ante estos problemas que se presentan en la adquisición de los contenidos y servicios digitales, los consumidores y usuarios podrán hacer uso de una serie de medidas correctoras, así como reclamar, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios. Por tanto, ante una falta de conformidad o el incumplimiento en el suministro de los contenidos o servicios digitales, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios. No obstante, la DCSD ha renunciado a regular este derecho de indemnización, dejándolo en manos de los Estados Miembros. En esta línea, según el Cdo. 73 DCSD, se establece que “Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las

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

2 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/04/27/7>), cuyas normas entraron en vigor el día 1 de enero de 2022.

3 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj>

4 Cdo. 3 DCSD

5 Como señala JUÁREZ TORREJÓN, Á.: “Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios” posventa”, *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial* (coord. por M. J. SANTOS MORÓN Y M. N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022, p. 114, la incorporación de este régimen jurídico en el TRLGDCU es, sin duda, una posible concreción de los “legítimos intereses económicos” de los consumidores ex artículo 51 CE.

normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas". Y, en el mismo sentido, el art. 3.10 DCSD reconoce "la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general (...), o el derecho a indemnización por daños y perjuicios". De esta forma, la norma europea garantiza que, en ningún caso, se limite este derecho del consumidor, aunque no se encuentre regulado expresamente en el articulado de la Directiva⁶. Sin embargo, bajo mi punto de vista, este es el primer problema que se plantea, ya que si la finalidad de la DCSD es establecer un conjunto de derechos contractuales plenamente armonizados para todos los consumidores de la UE con el fin de reducir la inseguridad jurídica y aumentar la protección de los mismos, no tiene mucho sentido que la indemnización por daños y perjuicios se deje en manos de los Estados Miembros, pues es evidente que cada ordenamiento nacional va a presentar unos matices y, en consecuencia, vamos a tener una regulación fragmentaria en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios. Justo el efecto contrario que pretende la DCSD.

Es cierto que el resarcimiento de los daños y perjuicios está más que garantizado en la tradición regulatoria de los Estados miembros, pero también cabe decir lo mismo de las medidas correctoras. No obstante, el legislador europeo, a través de la DCSD, sí ha querido armonizar el régimen jurídico de las medidas correctoras con el fin de subsanar las divergencias que pudieran presentar en este punto los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos lleva a plantearnos el por qué el legislador europeo sí ha querido elevar el nivel de protección del consumidor respecto a los remedios y armonizar su regulación y, en cambio, no lo ha hecho respecto a la indemnización por daños y perjuicios. Quizás la negativa a armonizar este tipo de indemnización se debe a la dificultad que supone afrontar la gran diversidad de criterios de imputación de responsabilidad que existen en los distintos ordenamientos nacionales, o al hecho de que se trata de una materia que, según qué ordenamiento jurídico, se encuadra bajo el Derecho de Contratos o del Derecho de Daños. Sea como fuere, me parece reprochable la renuncia del legislador europeo a regular y armonizar el régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios⁷, ya que la fragmentación normativa que existirá entre los diferentes Estados Miembros –distintos plazos, criterios de imputación, etc.– redundará en perjuicio de la protección del consumidor y aumentará la inseguridad

6 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4, p. 75.

7 *Vid.*, en el mismo sentido, la crítica de CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 251-254, sobre la relegación de la indemnización por daños y perjuicios a los ordenamientos nacionales, si bien, en este caso, se refiere a la venta de bienes de consumo regulados por la Directiva 2019/771, aunque sus comentarios pueden ser perfectamente trasladables al ámbito de los contenidos y servicios digitales, pues aquella fue transpuesta junto con la DCSD al TRLGDCU.

jurídica para los empresarios lo que, al fin y al cabo, también supondrá un aumento de costes adicionales relacionados con las diferencias que presentan las normativas nacionales de Derecho del consumo.

En cualquier caso, configurado así el sistema, deberemos acudir a la normativa nacional de cada Estado Miembro para comprender el régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o un incumplimiento contractual, lo que, en el ordenamiento jurídico español, como veremos a lo largo de este trabajo, nos conduce a las normas generales del Derecho Común. Sin embargo, el hecho de que existan contraprestaciones de tipo no dinerario, como la cesión de uso de datos personales, así como cuando la falta de conformidad afecte a la seguridad del contenido o servicio digital, nos puede abocar a acudir a la vía indemnizatoria prevista en la normativa de protección de datos personales⁸ o a la normativa de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁹, aunque, en el presente trabajo, no entraremos a analizar las indemnizaciones que proceden por estas dos últimas vías, sino que nos centraremos en aquella que surge conforme a las normas del Código Civil.

II. LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES COMO PRESUPUESTO PREVIO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

La DCSD ha acogido el parámetro de la conformidad de los bienes y servicios, siguiendo en este punto el término ya consolidado por la Directiva 1999/44/CE¹⁰, aunque lo ha adecuado a la naturaleza de los contenidos y servicios digitales, por lo que se puede afirmar que es la primera vez que se utiliza este criterio para determinar el cumplimiento por parte del empresario o proveedor en el suministro de contenidos y servicios digitales, lo que, bajo mi punto de vista, es un acierto del legislador europeo ya que con ello se logra un régimen uniforme para todos los Estados Miembros y, por ende, se reduce la inseguridad jurídica para los empresarios y aumenta la protección de los consumidores.

En este sentido, para valorar si se produce un incumplimiento en el suministro o falta conformidad en los contenidos y servicios digitales, la DCSD y, por ende, el TRLGDCU han establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los

8 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>)

9 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1/con>)

10 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj>)

contenidos y servicios digitales. Esto es, los contenidos o servicios digitales que el empresario suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente (art. 115 TRLGDCU). Así, cuando los contenidos o servicios digitales suministrados al consumidor no son conformes con el contrato, el empresario o proveedor habrá incumplido. Y, por el contrario, cuando los contenidos o servicios digitales sean conformes con el contrato, el empresario o proveedor habrá cumplido¹¹. En cualquier caso, también habrá que cumplir con las obligaciones de información precontractual.

Estos requisitos a los cuales deben ajustarse los contenidos y servicios digitales para estar en conformidad pueden clasificarse en dos tipos: criterios subjetivos y criterios objetivos.

Los requisitos subjetivos (arts. 7 DCSD y 115 bis TRLGDCU) hacen referencia a los elementos que resultan directamente de la relación entre el empresario y el consumidor; esto es, aquellos que son establecidos contractualmente. En consecuencia, los contenidos y servicios digitales para ser conformes con el contrato deberán cumplir con una serie de parámetros subjetivos que se valorarán conforme a lo estipulado en el contrato. Además, también hay que tener en cuenta que, conforme al Cdo. 42 DCSD, los requisitos del contrato deben incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato. Estos requisitos subjetivos que los contenidos y servicios digitales han de cumplir son los siguientes: a) serán acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato; b) serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) se suministrarán junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación, y asistencia al consumidor según disponga el contrato, y; d) se actualizarán según disponga el contrato.

Los requisitos objetivos de conformidad (arts. 8 DCSD y 115 ter TRLGDCU) son aquellos elementos que forman parte del contrato porque son esperados razonablemente por el consumidor. Esto es, se trata de una serie de situaciones en las que, objetivamente, se debe valorar si se ha cumplido el fin para el que

11 Esta forma de abordar la cuestión supone un cambio de paradigma si lo comparamos con el régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, *vid.*, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad. Un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 770, pp. 2929-3002.

se utilizarían normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo. En definitiva, los requisitos objetivos constituyen criterios que las partes deberán respetar al margen del contrato específico que celebren entre ellas, pues constituyen criterios de naturaleza legal que reflejan estándares objetivos impuestos por el ordenamiento¹². En este sentido, es el ordenamiento, y no el contrato, el que define los criterios objetivos que deben cumplirse¹³. Esta decisión del legislador europeo de haber establecido unos requisitos objetivos es positiva ya que constituyen unos *stándares* legales de conformidad que, en caso de no contemplarse, supondría dejar en manos del empresario y consumidor la negociación sobre la calidad y otros aspectos de los contenidos y servicios digitales cada vez que se concluyese un contrato¹⁴.

Estos requisitos objetivos que deben cumplir los contenidos y servicios digitales son los siguientes: a) ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector; b) presentar la cantidad y poseerán las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado; c) en su caso, se suministrarán junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir; y; d) serán conformes con la versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios digitales, puestos a disposición por el empresario antes de la celebración del contrato.

Por tanto, en el caso de que el proveedor haya suministrado los contenidos o servicios digitales, pero estos no cumplan los requisitos subjetivos y objetivos ex arts. 7 y 8 DCSD o 115 ter y 115 bis TRLGDCU, respectivamente, existirá falta de conformidad. En consecuencia, el consumidor podrá hacer uso de las medidas correctoras establecidas en la DSCD y el TRLGDCU, lo cual supone

12 LETE ACHIRICA, J.: "Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales", *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1654.

13 STAUDENMAYER, D.: "Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770", *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlag, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 113

14 Como afirma SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., p. 56, "El requisito legal de conformidad tiene como objetivo fundamental fijar unos parámetros mínimos sobre la cualidad y adecuación de los bienes o servicios entregados, sin necesidad de recurrir a una negociación expresa sobre esta cuestión o a la redacción específica de los mismos en el acuerdo celebrado".

que, conforme al art. 14 DCSD, “el consumidor podrá exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato (...)”¹⁵.

Así pues, el consumidor, ante una falta de conformidad, estará facultado para optar por cualquiera de estas tres opciones: puesta en conformidad, reducción del precio o resolución del contrato. No obstante, existen algunos límites, es decir, algunas situaciones en las que el consumidor no va a poder hacer uso de alguna de estas medidas.

Así, por ejemplo, el art. 14.4 DCSD señala que “El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo al apartado 5, si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio (...)”, por lo que cuando el contenido o servicio digital se suministre a cambio de la cesión de uso de datos personales ello no será posible, ya que ni lo contempla el precepto ni sería acorde con la naturaleza de este tipo de contraprestación, pues resulta sumamente complicado pensar en una reducción proporcional de los datos personales que el consumidor le ha cedido al empresario.

Por otro lado, esta facultad del consumidor también se ve limitada en aquellos casos en los que la falta de conformidad sea leve, así como aquellos en los que el consumidor no haya solicitado aún la puesta en conformidad. En este sentido, el art. 14.6 DCSD indica que “Cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve (...)”. A sensu contrario, parece que esta exigencia de que la falta de conformidad sea leve no entra en juego cuando la contraprestación por parte del consumidor o usuario consista en la cesión de uso de datos personales al empresario¹⁶.

En definitiva, cuando exista una falta de conformidad, el consumidor tiene a su alcance una serie de medidas correctoras que, dependiendo de las circunstancias, podrá ejercitar con un menor o mayor alcance. Sin embargo, por cuestión de espacio en este trabajo, no es posible hacer un análisis exhaustivo de las mismas, sino que nos centraremos en la indemnización por daños y perjuicios que puede surgir una vez que se ha constatado la falta de suministro o falta de conformidad

15 *Vid.*, en el mismo sentido, Cdo. 61 DCSD y *cf.* 117.1 TRLGDCU.

16 De hecho, el propio Cdo. 67 DCSD así lo aclara al señalar que “cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de que el consumidor facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio”. Y, en el mismo sentido, apunta el art. 119 ter .2 TRLGDCU el cual indica que “La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario”.

del contenido o servicio digital conforme a los requisitos subjetivos u objetivos que se acaban de exponer.

III. LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO.

Constatada la falta de conformidad o el incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor podrá hacer uso, además de las medidas correctoras ex arts. 14 DCSD y 117.I TRLGDCU, de la indemnización por daños y perjuicios. En este sentido lo confirma el Cdo. 73 DCSD, el cual dispone que “el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales”. Sin embargo, hay que tener presente que ni el art. 13 DCSD ni el art. 66 bis TRLGDCU contemplan expresamente la posibilidad de entablar la acción de indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales.

Por su parte, como ya hemos dicho anteriormente, la DCSD ha renunciado a armonizar el régimen de la indemnización por daños y perjuicios, a diferencia de la propuesta de Directiva de 2015 que sí lo hizo¹⁷. Así lo ha establecido el art. 3.10 DCSD, el cual señala que “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general (...), o el derecho a indemnización por daños y perjuicios”¹⁸. De ahí que sea cada Estado Miembro el encargado de establecer el régimen jurídico propio de la indemnización por daños y perjuicios.

En nuestro caso, el legislador español menciona, aunque sea de forma tangencial, la posibilidad de reclamar la indemnización por daños y perjuicios en el art. 117.I TRLGDCU, pero sin precisar nada más al respecto. Es cierto que, por

17 Vid., en este sentido, el art. 14 de la propuesta de Directiva de 2015 (Consultar en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>). Sin embargo, hay que tener en cuenta que gran parte de la doctrina europea se mostró crítica con esta regulación por considerar que ello suponía una rebaja de los Derechos nacionales existentes, ya que la regulación de la indemnización por daños y perjuicios establecida en el art. 14 era muy limitada. Vid, a este respecto, BEALE, H.: “Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment : in-depth analysis”, Publications Office, 2015, pp. 23-24 (consultar en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/679216>); y MAK, V.: “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis”, Publications Office, 2016, pp. 14 y 26-27 (consultar en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/277682>).

18 Vid., en el mismo sentido, el Cdo. 73 el cual señala que “Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas”. En palabras de ARNAU RAVENTÓS, L.: “Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?”, *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24, p. 17, “De algún modo, el legislador europeo asume que la uniformización pretendida en este particular, que alcanzaría sólo a la existencia del derecho a obtener una indemnización, pero no a sus condiciones o requisitos de ejercicio, a criterio de la legislación nacional, ya existe y, por tanto, no es necesario imponerla”.

vía interpretativa, de lo dispuesto en el art. 124 TRLGDCU, podemos deducir que esta acción está sometida a un plazo de prescripción de cinco años a contar desde la manifestación de la falta de conformidad.

En concreto, el art. 117.1, párrafo primero *in fine* señala que “en cualquiera de estos supuestos, el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede”. Por tanto, aunque no se diga nada más sobre la indemnización por daños y perjuicios, sí que podemos extraer dos ideas:

1) La primera idea es que esta indemnización la van a poder reclamar tanto los consumidores o usuarios que hayan pagado un precio en dinero, como los que hayan consentido el tratamiento de sus datos personales a modo de contraprestación¹⁹. En este mismo sentido apunta el art. 1.103 del Código Civil que señala que “la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”. Sin embargo, como expresa parte de la doctrina²⁰, sería deseable que el legislador español en el futuro aportase alguna pauta al efecto, ya que ello reduciría la incertidumbre que ocasiona relegar a los tribunales la consolidación de ese régimen de los daños y perjuicios sobre la pura base del Derecho civil común.

En definitiva, el consumidor que concierte un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales que se ofrezcan a cambio de obtener datos personales también tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios, lo que supone sin duda el verdadero paso adelante de la normativa en orden a proteger el interés del mismo aun cuando no haya pagado un precio en dinero²¹.

2) La segunda idea reside en que la acción de indemnización de daños y perjuicios surge como una medida adicional y cumulativa a las medidas correctoras. Esto es, constatada la falta de conformidad, el consumidor o usuario podrá hacer uso, según las circunstancias, de la medida correctora adecuada –puesta en conformidad, reducción del precio o resolución del contrato- y, en su caso, de la indemnización de daños y perjuicios, si procede, conforme a las reglas generales del Derecho Común.

19 Esto encuentra su explicación en que, conforme al art. 2.6 DCSD, se considera consumidor a “toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”, por lo que, cualquier persona física que adquiera un contenido o servicio digital con un propósito ajeno a su actividad comercial, podrá hacer uso de las medidas correctoras y de la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 117.1 TRLGDCU, con independencia de que la contraprestación sea un precio en dinero o consista en la cesión de uso de sus datos personales.

20 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887, p. 27.

21 SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit. p. 50.

I. ¿En qué debe consistir la indemnización?

A pesar de que la DCSD no contiene una regulación *ad hoc* de la indemnización por daños y perjuicios, el Cdo. 73 señala que "La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad", lo que se traduce en que la indemnización por daños y perjuicios debe consistir en el interés contractual positivo, de manera que deberá cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante²². Se sigue aquí, por tanto, el principio de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) ya consagrada en nuestra doctrina y jurisprudencia. En cualquier caso, la distinción del interés contractual positivo o negativo es, en muchas ocasiones, difícil de delimitar de forma que diversas partidas pueden liquidarse como un daño u otro. De esta forma, el consumidor podrá reclamar todos los daños que se hayan producido en su entorno digital como consecuencia de la prestación defectuosamente cumplida y también en el caso de que haya incurrido en algún gasto como consecuencia del contrato, que finalmente resultó inútil²³.

Hay que tener en cuenta que la propuesta de Directiva de 2015 señalaba en su art. 14 que el "El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor (...)", lo que comprendía el daño patrimonial, pero excluía, como afirma parte de la doctrina²⁴, los daños morales y personales/físicos, así como daños patrimoniales en otros objetos o bienes del consumidor (incluidos bienes inmateriales, derechos de la personalidad, etc.). Ahora bien, dado que la versión definitiva de la DCSD ha renunciado a su regulación y, en consecuencia, no se establece ningún límite, serán los ordenamientos jurídicos propios de cada Estado Miembro los que establezcan el alcance de la indemnización, lo que no excluye que se pueda reclamar una indemnización por daños morales o personales.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que, en el ámbito digital, una práctica frecuente es ofrecer, a modo de indemnización por daños y perjuicios, descuentos en el precio de futuros contenidos o servicios digitales. Sin embargo, esto no debe ser admisible como indemnización por daños y perjuicios, ya que ello no sitúa al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad, tal y como exige el Cdo. 73 DCSD. Ni tampoco deberán constituir la indemnización por daños y perjuicios

22 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3, p. 76.

23 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., pp. 76-77.

24 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 76.

otro tipo de compensaciones en especie, tales como las descargas gratuitas o las extensiones gratuitas de la duración del contrato²⁵. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en caso de optar por la resolución contractual, se podrá pedir, conforme al art. 1.124 CC, junto al resarcimiento del daño, el abono de intereses que corresponda.

2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con las medidas correctoras

Como hemos avanzado anteriormente, una de las ideas que se puede extraer del art. 117.1 TRLGDCU, es que la acción de indemnización de daños y perjuicios surge como una medida adicional y cumulativa a las medidas correctoras. Por tanto, una vez constatada la falta de conformidad o la falta de suministro, el consumidor o usuario, según las circunstancias, puede reclamar la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato y, de forma adicional, si procede, la acción de indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, aquí se plantean algunas dudas al respecto.

Por un lado, se plantea la cuestión de si se opta por la resolución contractual ¿qué es lo que podemos pedir como indemnización por daños y perjuicios? ¿el interés contractual positivo, negativo o ambos? El problema del resarcimiento de daños que se puede plantear en los casos de resolución contractual parte de la idea de que el consumidor puede verse ya protegido por la propia resolución, pues ésta tiene efectos retroactivos y eficacia *ex tunc*, de forma que el consumidor puede recuperar el dinero entregado a cambio del contenido o servicio digital, lo cual supone, en cierta forma, un efecto de resarcimiento. Es por ello, que, *a priori*, pudieran resultar incompatibles la resolución contractual con la indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, esta idea puede resultar un tanto simplista y, en consecuencia, no ser aceptada, ya que, como afirma parte de la doctrina²⁶, una cosa es el resarcimiento de los daños y otra, bien distinta, la restitución, de manera que a ésta no se le puede otorgar un alcance indemnizatorio. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la resolución ha sido pedida por el demandante de ella, como consecuencia del incumplimiento del demandado, de manera que la resolución es una consecuencia del incumplimiento, que no tiene por qué excluir el resarcimiento de los daños si, de acuerdo con las reglas generales, el demandado lo debía. Por tanto, es evidente que el interés contractual positivo deberá ser resarcido, ya que puede existir una falta de conformidad grave que le cause daños relevantes al consumidor como, por ejemplo, daños al entorno digital

25 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 77.

26 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias* (vol. II), Civitas, Madrid, 1993, p. 727.

(hardware o software) o, incluso, daños morales o personales y que, por tanto, el consumidor pretenda la resolución contractual y, además, el resarcimiento de los daños causados²⁷. Y, por otro lado, tampoco creo que haya que descartar el resarcimiento del interés contractual negativo, pues puede haber supuestos en los que el consumidor haya satisfecho una serie de gastos con motivo del suministro del contenido o servicio digital, de forma que con la restitución de la prestación no resultaría completamente satisfecho, pues existen unos gastos que deberán ser resarcidos. Piénsese, por ejemplo, en la adquisición de un hardware específico para que funcione una determinada aplicación que adolece de una falta de conformidad que la hace incompatible con el aparato adquirido. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el alcance de la indemnización por daños y perjuicios sí que puede verse reducida en tanto en cuanto la restitución de la prestación puede servir para mitigar, en cierta forma, el alcance de los daños sufridos. De ahí que el valor del interés positivo tiene que centrarse en la diferencia entre el valor de la prestación adversa en el momento del contrato y el que tuviera en el momento de la resolución²⁸. Desde luego que, junto a la resolución, una vez admitida la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños tanto por interés contractual positivo como negativo, tampoco se debe descartar –si procede- la combinación de ambos.

Por otra parte, se puede plantear la cuestión de si la reducción del precio es compatible con la indemnización de daños y perjuicios. Y la respuesta debe ser afirmativa puesto que tanto una como otra responden a fundamentos jurídicos distintos. Así, de una parte, con la reducción del precio se trata de compensar el menor valor que tiene el contenido o servicio digital que adolece de una falta de conformidad²⁹. Mientras que con la indemnización por daños y perjuicios lo que se pretende es resarcir al consumidor de los daños sufridos –materiales, personales o morales- que el contenido o servicio digital no conforme le haya ocasionado. De ahí que cuando la elección del comprador se materializa en la reducción del precio, en la medida en que la rebaja sea proporcional a la reducción del valor de lo que se recibió, la indemnización solo subsistirá como medio de obtener la reparación de daños de otra naturaleza que haya podido sufrir el comprador (por ejemplo, gastos de notificación de la falta de conformidad), pero no el menor valor del bien en sí que ya es compensado mediante la reducción de su precio. Ello, por supuesto, no significa que si el menor valor del bien aceptado respecto del comprado es causa de otros perjuicios patrimoniales directos (como pueda

27 Como pone de relieve CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 1295, el daño a intereses de indemnidad (en la propiedad o en la integridad física) es neutral y su resarcimiento procederá siempre.

28 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, cit., p. 727.

29 Como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, cit., p. 59, la reducción del precio “en muchos casos supondrá una solución adecuada para el consumidor que, pese a la falta de conformidad, encuentre atractivo quedarse a menor precio con el contenido digital defectuoso que aún es adecuado a sus fines e intereses, sin resolver, por tanto, y sin buscar el mismo contenido en un competidor”.

ser un lucro cesante, al no materializarse una proyectada transacción posterior a consecuencia del menor valor del bien) no se pueda solicitar –y obtener– la correspondiente indemnización³⁰.

3. ¿Pueden existir diferentes tipos de indemnización?

En el suministro de contenidos y servicios digitales pueden aparecer distintos tipos de indemnización como consecuencia de una falta de conformidad o falta de suministro, ya que dependiendo de cuál o cómo sea la falta de conformidad, el consumidor puede sufrir daños en su entorno digital, daños morales o personales/físicos. Sin embargo, en este tipo de contratos, cada vez es más habitual que los datos personales se constituyan como la contraprestación de los mismos³¹, es decir, los consumidores o usuarios ceden el uso de sus datos personales (a cambio de la instalación de una App, mediante la suscripción a un boletín de ofertas de un grupo empresarial, permitiendo la geolocalización del Smartphone, revelando todo tipo de información personal en una red social...) a empresas que se dedican a almacenarlos, venderlos a terceros o procesarlos para un tratamiento posterior, generalmente con objetivos de marketing³². Así, bajo el marco de este tipo de contrato, me gustaría hacer una distinción entre los distintos tipos de indemnización que pueden surgir:

1) En primer lugar, la más frecuente, es la indemnización por daños y perjuicios ex art. 117.I TRLGDCU que puede surgir a raíz de una falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital. Se trata de una indemnización que podrá exigir el consumidor cuando el contenido o servicio digital que no sea conforme –según los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad– le cause un daño a su entorno digital, o incluso un daño moral o personal. En este caso, la indemnización por daños y perjuicios se regirá por las reglas generales del Derecho Común (arts. 1101 y ss. CC)³³.

30 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: “Remedios del comprador”, en AA.VV.: *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015, p. 495.

31 Para un análisis más exhaustivo de los datos personales como contraprestación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, *vid.*, entre otros, MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4, pp. 100-130; SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo”, *Actualidad Civil*, 2022, núm. 3; CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *La Ley Mercantil*, 2021, núm. 82; o BUENO BIOT, Á.: “Los datos personales como contraprestación en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Derecho digital y nuevas tecnologías* (dir. por A. MADRID PARRA y L. ALVARADO HERRERA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 291-309.

32 MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, núm. 1, p. 20.

33 *Vid.*, *infra* apartado IV.

2) En segundo lugar, es posible que el contenido o servicio digital adolezca de una falta de conformidad, especialmente en lo que respecta al requisito objetivo de conformidad relativo a la seguridad.

El art. 8.1, letra b) DCSD señala que los contenidos y servicios digitales “presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales (...)”³⁴. A diferencia de las demás características que pueden presentar los contenidos o servicios digitales, la seguridad resulta especialmente relevante, ya que una falta de conformidad relativa a la seguridad puede suponer no solo una falta de conformidad como tal del contenido o servicio digital, sino que puede afectar a la protección de datos personales. En este sentido, como señala parte de la doctrina³⁵, el concepto de seguridad, como criterio objetivo de conformidad se puede relacionar con la protección de datos desde el diseño y por defecto ex art. 25 RGPD. Y, en esta misma línea, el Cdo. 48 DCSD señala que “Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva (...)”. Un ejemplo, sería el caso de un proveedor de un software de cifrado de datos que no aplicara las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, con lo que el programa (software) de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, que es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto. En este caso, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad y, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 117.1 TRLGDCU –lo cual se regirá por las reglas generales del Derecho Común-, pero el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones conforme al RGPD, también puede dar lugar a la indemnización por daños y perjuicios prevista en el art. 82 RGPD.

3) En tercer lugar, es posible que no exista falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital, pero que, en el marco del contrato de

³⁴ Vid., en el mismo sentido, art. 115 ter.1, letra d) TRLGDCU.

³⁵ GARCÍA GOLDAR, M.: “La seguridad como criterio de conformidad objetivo en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional* (dir. por J.J. HONOJOSA TORRALVO, J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, I. CRUZ PADIAL y C. TIRADO ROBLES), Reus, Madrid, 2022, p. 486.

suministro de contenidos o servicios digitales, exista a modo de contraprestación la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor; lo cual no significa que estos contratos puedan calificarse como gratuitos. En estos casos, el proveedor no exige el pago de un precio en dinero a cambio del contenido o servicio digital, sino que lo que exige es la cesión de determinados datos personales del usuario para proceder a su tratamiento y, en consecuencia, obtener un beneficio. En efecto, de lo que realmente se obtiene una gran rentabilidad es a partir del cruce de todos esos datos, esto es, el almacenamiento, tratamiento y transferencia de dichos datos que, estructurados a gran escala³⁶, permiten una reconstrucción de la personalidad online capaz de predecir nuestros pasos o intereses en la vida real³⁷, y que constituyen información de gran valor para otros sujetos que están dispuestos a pagar enormes cantidades de dinero a cambio de ello. Piénsese, por ejemplo, en aplicaciones como *Instagram* o *Facebook*, donde el usuario no paga un precio en dinero, sino que proporciona una serie de datos personales al proveedor como contraprestación para poder utilizar estas redes sociales. En estos casos, aunque el contenido o servicio digital sea conforme con el contrato, es posible que se produzca un incumplimiento de las obligaciones que le corresponden al proveedor en el tratamiento de los datos personales cedidos como contraprestación y, por ende, surja para el consumidor el derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios ex art. 82 RGPD como consecuencia de la infracción de alguna norma del RGPD.

4) Y, por último, en cuarto lugar, íntimamente relacionado con los dos supuestos anteriores, cabe la posibilidad de que, en determinados casos, se pueda exigir la indemnización prevista en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982). El ejercicio de esta acción indemnizatoria puede surgir a raíz del incumplimiento de la normativa de protección de datos, ya que cuando ésta se infringe se pueden producir, a su vez, daños a los derechos fundamentales al honor, la intimidad o la propia imagen (art. 18 CE). Pero, también se pueden derivar daños a los derechos de la personalidad debido a una falta de conformidad. Piénsese, por ejemplo, cuando un servicio de almacenamiento en la nube adolece de un fallo de seguridad –falta de conformidad- y, en consecuencia, resultan accesibles a cualquier persona las fotos, vídeos o datos personales del usuario del servicio. De ahí que puedan verse afectados algunos derechos de la personalidad del consumidor o usuario y, en consecuencia, pueda pedir el resarcimiento de los daños morales o patrimoniales sufridos.

36 Es lo que se conoce como “Big Data”, el cual consiste en el análisis masivo de datos. Se tratan grandes cantidades de datos que, conjuntamente organizados y analizados, producen una información muy valiosa que resulta de gran utilidad de cara a tomar mejores decisiones y movimientos en negocios estratégicos.

37 MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad”, cit., p. 24.

IV. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONFORME A LAS REGLAS DEL DERECHO COMÚN.

La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o un incumplimiento en el suministro de contenidos y servicios digitales se debe regir por las normas nacionales de cada Estado Miembro. Así lo establece el art. 3.10 DCSD, el cual deja en manos de los Estados Miembros la facultad de “regular los aspectos del Derecho contractual en general, (...) o el derecho a indemnización por daños y perjuicios”³⁸. A este respecto, si acudimos al TRLGDCU –que es la normativa española específica a la cual se ha transpuesto la DCSD–, en concreto a su art. 117.1, se nos dice que, efectivamente, ante una falta de conformidad del contenido o servicio digital, además de ejercitar las correspondientes medidas correctoras, se podrá exigir, de forma cumulativa, la indemnización por daños y perjuicios, si procede³⁹. Sin embargo, no se dice nada más. Por tanto, el TRLGDCU prevé la indemnización por daños y perjuicios, pero no establece una regulación al respecto, sino que se limita a señalar en el segundo párrafo del art. 116 que “En todo caso, el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad”⁴⁰. No se entiende muy bien la remisión que se hace a la legislación mercantil, ya que, como advierte autorizada doctrina⁴¹, el sujeto protegido es el consumidor y éste, por definición, no puede ser un comprador que adquiere los bienes para revenderlos, sino para consumirlos, por lo que no le puede ser de aplicación el art. 336.2 C.Co. que regula la indemnización por daños y perjuicios por los vicios o faltas de las mercaderías objeto de un contrato de compraventa mercantil. De ahí que, por lo que al presente estudio concierne, tengamos que acudir a la legislación civil, en concreto, a las reglas generales de la responsabilidad contractual por incumplimiento (arts. 1.101 y ss. CC)⁴².

I. Fundamentos normativos de la indemnización por daños y perjuicios

El artículo 1.101 CC se constituye como el fundamento normativo principal de la indemnización por daños y perjuicios sufridos por el acreedor (en nuestro

38 Vid., en el mismo sentido, Cdo. 73 DCSD.

39 Este derecho a la indemnización de daños y perjuicios se configura como un derecho básico de los consumidores y usuarios [art. 8.1, letra c) TRLGDCU].

40 Aunque el precepto haga referencia a la indemnización de daños y perjuicios únicamente ante una falta de conformidad, me parece oportuno poner de relieve que, de una interpretación conjunta de este precepto junto con el Cdo. 73 DCSD, también será posible reclamar esta indemnización por daños y perjuicios en los casos de falta de suministro. El citado Cdo. 73 DCSD indica claramente que “el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales (...)”.

41 CASTILLA BAREA, M.: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 262

42 Por lo que respecta al Derecho comparado de nuestro entorno, la responsabilidad por incumplimiento se encuentra regulada en los arts. 1.218 y ss. del *Codice Civile* italiano, los arts. 1.146 y ss. del *Code Civil* francés o los § 249 y ss. del BGB alemán.

caso consumidor) a consecuencia del incumplimiento del contrato, esto es, cuando exista una falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital. En este sentido, el referido artículo dispone que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”.

Por su parte, los arts. 1.102 y 1.103 CC configuran la pretensión de resarcimiento del daño como un sistema de responsabilidad subjetiva, de forma que la acción de indemnización de daños y perjuicios procederá si el daño producido se debe a la conducta dolosa o culposa del deudor-empresario. En este sentido, el art. 1.102 CC señala que “la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones (...)”, mientras que el art. 1.103 indica que “la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones”, sin embargo, en este último caso, la responsabilidad por culpa “podrá moderarse por los Tribunales según los casos”⁴³. Y, en esta línea, el art. 1.104 CC nos aclara qué debe entenderse por culpa o negligencia del deudor. A este respecto, “la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. En tal sentido, para determinar la conducta culposa del deudor habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, lo que, al fin y al cabo, supone que serán los tribunales los que, en última instancia, según las reglas del criterio humano, aprecien la reprochabilidad de la conducta, pudiendo recurrir, cuando de la obligación no pueda deducirse la misma, al criterio de la diligencia exigible “a un buen padre de familia”.

Por otro lado, el art. 1.106 CC expresa cuáles son las partidas del daño resarcible, esto es, “no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”, lo que, comúnmente, se conoce como el daño emergente y lucro cesante⁴⁴. Pero aquí no solo se comprenden los daños materiales o económicos, sino también los daños morales⁴⁵.

43 Aunque, como defiende DÍAZ ALABART, S.: “Comentario al art. 1.103”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 574-575, siempre y cuando se trate de una conducta no dolosa, esta regla que otorga la facultad de moderación a los tribunales será de aplicación tanto en los supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual, pues aunque no pueda decirse que la una y la otra sean lo mismo, nada hay en este precepto que choque con la esencia de la responsabilidad extracontractual.

44 Como afirma DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2011, p. 344, “una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*”. En este sentido, podemos apreciar como la inclusión del daño emergente y del lucro cesante en la indemnización de los daños y perjuicios está presente en la mayoría de ordenamientos de los países de la Unión Europea. Así lo prevé el art. 1.149 del CC francés, el art. 564 del CC portugués, el art. 1.223 del CC italiano o el § 252 BGB alemán, entre otros.

45 Respecto a la inclusión de los daños morales en la indemnización por daños y perjuicios derivada de un incumplimiento contractual, la doctrina no ha sido del todo pacífica. Sin embargo, la mayor parte de ella es partidaria de aceptar el daño moral contractual. A favor, *vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español*,

En esa misma línea, el art. 1.107 establece el ámbito material de los daños resarcibles que se han de imputar al deudor, distinguiendo entre el deudor no doloso y deudor doloso. Así, el primero responde de los daños y perjuicios “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, esto es, aquellos que se deriven de la falta de conformidad o falta de suministro. Mientras que el deudor doloso responderá de “todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Por tanto, en el marco de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, según estos fundamentos normativos que acabamos de exponer, para que sea viable la indemnización por daños y perjuicios como acción complementaria y cumulativa a las medidas correctoras establecidas en el art. 117.1 TRLGDCU, se deben cumplir los siguientes requisitos: 1) Que exista una relación contractual entre consumidor y empresario; 2) Que el contenido o servicio digital presente una falta de conformidad o exista un incumplimiento en el suministro; 3) Que la falta de conformidad o el incumplimiento se haya producido por una falta de diligencia o previsión del deudor; 4) Que se produzca un daño o perjuicio, especialmente en el entorno digital del consumidor, aunque también es posible la causación de un daño moral; 5) Y, por último, que exista una relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño efectivamente causado.

Hasta aquí, me he referido a los fundamentos normativos que sientan las bases de la indemnización por daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario ante el incumplimiento del contrato. He hecho referencia, en concreto, a los daños que se pueden cubrir bajo esta acción indemnizatoria y que no plantean problemas: los daños materiales o económicos y los daños morales. Pero, no debemos olvidar que con los daños materiales o morales no se agotan todos los tipos de daño que se pueden producir bajo el suministro de contenidos o servicios digitales, sino que también es posible que se produzcan daños personales o físicos⁴⁶. Piénsese, por ejemplo, en el suministro de un programa (software) que recalienta un ordenador y éste explota produciendo quemaduras en el cuerpo del

común y foral, Tomo III (revisada y actualizada por G. GARCÍA CANTERO), Reus, Madrid, 1986, p. 245; GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 281; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho civil*, 1966, p. 88; MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, núm. 61, p. 250. En contra, *vid.*, ESPIAU ESPIAU, S.: “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789-1798. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial, cabe decir que, entre los años 80 y 90, se comenzó a admitir el resarcimiento de los daños morales en el ámbito contractual. Como supuesto paradigmático, *vid.*, en este sentido, la STS (Sala 1ª), de 9 de mayo de 1987 (RJ 1984, 2403).

46 Los daños personales o físicos son aquellos que suponen una lesión a los derechos fundamentales del art. 15 CE. En este sentido, la STC, de 29 de junio de 2000, núm. 181/2000 (RTC 2000, 181), señala que el art. 15 CE exige que el legislador “establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)” y que a través de dichas indemnizaciones “se atiende a la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE- de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas”.

usuario. En estos casos, se podría plantear la cuestión de si el fundamento de la indemnización la encontramos también en las reglas generales de responsabilidad contractual (arts. 1.101 CC y ss.) o si, por el contrario, deberíamos acudir a la vía de la responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1.902 CC en relación con el art. 1.089 CC.

En efecto, el art. 1.902 CC establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Es cierto que, en el caso que nos ocupa, existe una relación contractual entre el proveedor del contenido o servicio digital y el consumidor o usuario, pero la aplicación de este precepto podría tener cabida porque, aunque exista una relación contractual, el daño ocasionado no se debe directamente a un incumplimiento de una cláusula del contrato. Sin embargo, la cuestión no es del todo clara. Aquí debemos plantearnos si el daño personal o físico que ha sufrido el consumidor deriva necesariamente de la falta de conformidad, porque si ello es así no sería de aplicación el art. 1.902 CC, sino los arts. 1.101 y ss. CC⁴⁷. Por tanto, la cuestión estriba, realmente, en determinar si el daño personal o físico que sufre el consumidor o usuario se ha producido como consecuencia de una falta de conformidad. Y ello no es tan improbable que ocurra, porque las faltas de conformidad se producen cuando el contenido o servicio digital no se ajusta a los requisitos subjetivos y objetivos ex arts. 115 bis y 115 ter TRLGDCU, entre los que se encuentran las características de funcionamiento como la funcionalidad, compatibilidad o interoperabilidad⁴⁸. Por tanto, si debido a un defecto en algunas de estas características, el software que se pretende instalar produce un daño no solo al entorno digital del usuario –por ejemplo, al propio ordenador-, sino que

47 Me parece conveniente aclarar aquí, por si existe algún tipo de duda, que no es de aplicación la responsabilidad por productos defectuosos prevista en el Capítulo I del Título II del Libro Tercero del TRLGDCU, ya que el art. 136 del referido cuerpo normativo define al “producto” como “cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”, lo que, claramente, excluye a los contenidos y servicios digitales que se definen, conforme a los arts. 59 bis.1, letras d) y o), respectivamente, como “los datos producidos y suministrados en formato digital” y “un servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”.

48 Sin embargo, la expresión “que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento” hay que entenderla como el resultado de un juicio prospectivo, es decir, cuestionarse cuáles son los daños que se derivan necesariamente del incumplimiento. Como afirma CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al art. 1.107”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989, p. 725, el carácter de necesario “no hace referencia, pues, a una cuestión de causalidad, sino a un problema jurídico, de valoración posterior, que elige entre las series causales aquellas que, en razón al criterio jurídico de *necesariedad*, le han de ser imputadas al deudor”. Así, por ejemplo, el proveedor no respondería en el siguiente caso: el proveedor proporciona al consumidor un navegador web que es una aplicación de software que permite acceder a la World Wide Web (v.gr. Google Chrome o Mozilla Firefox), la cual adolece de un defecto de seguridad. El consumidor, tras instalarla en su ordenador, comienza a navegar por redes turbias y a descargar contenidos maliciosos que el programa le advierte que no son seguros y que podrían dañar su ordenador. Aquí el riesgo de daño es del consumidor o usuario, no del proveedor del servicio, ya que la finalidad del navegador web no era proteger al ordenador de posibles virus por conductas nada diligentes del consumidor –más aún cuando se lo advirtió el propio programa –, a pesar de que si no hubiera adolecido del defecto de seguridad, se podría haber evitado el referido virus malicioso.

se irroga algún otro tipo de daño como puede ser un daño físico a la persona del consumidor, creo que, en estos supuestos, la indemnización por daños y perjuicios encontraría justificación en los preceptos de la responsabilidad contractual y, por ende, el consumidor se beneficiaría del plazo de prescripción de la acción de 5 años (art. 1.964.2 CC), frente al plazo previsto para la responsabilidad extracontractual de 1 año (1.968.2 CC)⁴⁹. En cualquier caso, con independencia de la acción que se haga valer, se tendrá que demostrar el hecho culposo, el daño efectivamente producido y la relación de causalidad entre ambos, lo que, a mi juicio, es lo que más dificultades puede plantear en la práctica para el consumidor. Piénsese en el ejemplo de antes, donde el ordenador explota a causa de un calentamiento excesivo por un defecto del programa instalado. Aquí el verdadero problema reside en demostrar que la explosión del ordenador se debió a un fallo del programa (software) y no a un defecto del propio ordenador.

2. Determinación de los daños y perjuicios.

Ya sabemos que los daños que se pueden ocasionar bajo el suministro de contenidos y servicios digitales pueden ser daños de tipo material o económico, daños morales e, incluso, daños personales o físicos⁵⁰. Pero, es conveniente determinar en qué consisten exactamente este tipo de daños y cuál es el alcance de la indemnización respecto a los mismos.

En primer lugar, debemos acudir al Cdo. 73 DCSD el cual señala que “La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad”. Por tanto, según la DCSD, el cálculo de la indemnización se basará en el interés contractual positivo y que, como señala la mejor doctrina⁵¹, deberá cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante.

49 Sin embargo, ello no obsta a que también se pueda demandar a través de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC), pues hay que tener en cuenta que el resarcimiento de la responsabilidad se limita a la compensación de daños previstos o previsibles dentro de las cláusulas del contrato, excepto el dolo o mala fe (art. 1.107 CC), mientras que en la responsabilidad extracontractual el resarcimiento, *a priori*, no tiene límites preestablecidos. Sobre las diferencias entre los regímenes jurídicos de ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) y los problemas que plantea su distinción, *vid.*, en este sentido, REGLERO CAMPOS, L.F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, Tratado de Responsabilidad Civil (coord. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, RB-1.20 y ss. (consulta online).

50 A diferencia de lo que ocurría con la Propuesta de Directiva de 2015, la cual sí optó por establecer una regulación de la indemnización por daños y perjuicios y que, en su art. 14, limitaba la indemnización a “cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor”. Ahora, en cambio, dado que no existe una regulación *ad hoc* de la indemnización por daños y perjuicios en la versión definitiva de la DCSD, sino que la misma se relega a los ordenamientos nacionales, por vía de las reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual previstas en el CC, los tipos de daño que se pueden reclamar no son únicamente los daños materiales, sino también los daños morales y personales o físicos.

51 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, *cit.*, p. 76.

Como daño emergente entendemos la pérdida económica que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa procedente de: 1) los desembolsos efectivos (out-of-pockets costs), 2) las pérdidas de valor, y 3) el daño material o de indemnidad⁵². En este sentido, el daño emergente abarca todos los gastos realizados por razón de la obligación incumplida, y también las pérdidas o menoscabos producidos en los bienes del acreedor a causa de la falta de prestación o de la prestación defectuosa⁵³.

Así las cosas, entendemos que el daño material que, efectivamente, trae causa de la falta de conformidad o del incumplimiento del suministro es el daño que se produce directamente en el entorno digital del consumidor como, por ejemplo, los daños producidos directamente en el dispositivo en el que se ha instalado el programa defectuoso o, incluso, los daños producidos a otros programas o aplicaciones previamente instalados en dicho dispositivo.

Sin embargo, los daños de indemnidad también incluyen los daños producidos en otros intereses (bienes o personas) distintos del interés de la prestación, sobre los que el acreedor ostenta un derecho absoluto de propiedad o análogo⁵⁴. Así, por un lado, aquí también deben incluirse los daños materiales causados a otros bienes del consumidor como, por ejemplo, podrían ser los daños producidos por la quema del tablero del escritorio como consecuencia del recalentamiento del ordenador situado sobre el mismo. Y, por otro lado, también deben incluirse los daños personales que sufre el consumidor a consecuencia del efecto del contenido o servicio digital adquirido como, por ejemplo, el quemazón que el consumidor puede sufrir en el brazo o en la cara como consecuencia de la explosión del dispositivo debido a su recalentamiento excesivo causado por un defecto del programa instalado⁵⁵.

Cuestión distinta son los daños causados a los derechos de la personalidad del consumidor. Piénsese en el supuesto en el que debido a un fallo de seguridad del servicio digital (v.gr. servicio de almacenamiento en la nube) las fotos íntimas

52 Vid., en este sentido, CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1163.

53 DE PABLO CONTRERAS, P.: "Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Colex, Madrid, 2000, p. 198.

54 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 1163.

55 Como pone de manifiesto PARRA LUCÁN, M^a.Á.: "Responsabilidad civil por productos defectuosos", en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, RB-11.6 (consulta online) entre los daños personales a los que hace referencia el art. 129 TRLGDCU deben incluirse, necesariamente, los corporales, dolor físico, secuelas y perjuicios estéticos. Es cierto que el art. 129 TRLGDCU se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos y, por tanto, no se aplica al ámbito de los contenidos y servicios digitales, los cuales quedan excluidos de tal concepto. Sin embargo, los tipos de daños personales que entiende incluidos la autora bajo dicho concepto podemos entenderlos perfectamente trasladables al ámbito de la responsabilidad en el caso de los contenidos y servicios digitales.

o vídeos personales almacenados resultan ser accesibles por terceros. En este caso, es cierto que el daño moral que se derive podría reclamarse por la vía del art. 1.101 y ss. CC, sin embargo, creo que, respecto a los daños causados a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), es más acertado pretender la indemnización por daños y perjuicios prevista en el art. 9.3 LO 1/1982. De hecho, es más conveniente para el consumidor, pues una vez constatada la intromisión ilegítima, el daño moral se presume⁵⁶, presunción que no se da en el caso de la indemnización conforme a las reglas generales del Derecho Común. Esta presunción, como afirma parte de la doctrina⁵⁷, puede explicarse tanto por la dificultad de su prueba y cuantificación, como porque los costes que provocaría la obtención de la información podrían ser tan desmesurados que convertirían a la prueba en algo económicamente prohibitivo.

Y, en este mismo sentido, también puede ocurrir que debido a un fallo en el sistema de seguridad se releven datos personales del consumidor. En este caso, creo que lo más adecuado no es pretender la indemnización por la vía del Derecho Común, sino acudir a la normativa específica de protección de datos, en concreto, al art. 82 RGPD el cual prevé la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la infracción del RGPD. No obstante, el Cdo. 48 DCSD señala que “Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679 (...) pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva”. Por tanto, en estos supuestos, no se cierra la puerta de la indemnización de daños y perjuicios conforme a la DCSD, aunque para evitar los problemas que se pueden derivar de reclamar la indemnización por daños y perjuicios por los mismos hechos con base en el RGPD o la DCSD y el TRLGDCU⁵⁸, creo que es conveniente acudir directamente a la normativa específica de protección de datos.

56 Existe debate doctrinal sobre si la presunción comprende también los daños patrimoniales derivados de una intromisión ilegítima. A favor de esta inclusión, *vid.*, entre otros, DE COSSIO, M.: *Derecho al Honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 70. y CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996, p.171. Por el contrario, entre quienes defienden que la presunción únicamente alcanza a los daños morales, *vid.*, GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 270; SALVADOR CODERCH, P. y MARTÍN CASALS, M.: “Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 21, 1989, pp. 757 y 758; AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, p. 219; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo III) (coord. por L. F. REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 401; ATIENZA NAVARRO, M^o. L.: “Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, núm. 15, p. 220.

57 SALVADOR CODERCH, P. y MARTÍN CASALS, M.: “Derecho al honor”, cit., p. 757.

58 Sobre los problemas de pedir la indemnización por los mismos hechos con base en el RGPD y en la Propuesta de DCSD (aunque perfectamente trasladable a la versión definitiva de la DCSD), *vid.*, MANKO, R.: “Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive”, *In-depth Analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service)*, Bruselas, 2016, p. 26 (consultar en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA%282016%29582048_EN.pdf)

Y, por último, también se ha planteado por la doctrina⁵⁹ lo que se denominan daños “consecuenciales” o indirectos, como cuando mediante malware o por defectos de seguridad se produce un robo de las claves de acceso a las cuentas bancarias del consumidor o la aplicación informática de acceso a ellas tiene un fallo que habilita ese resultado. En estos casos, a mi entender, este tipo de daño también podría indemnizarse a través de los arts. 1.101 y ss. CC, pues se trata de un daño que tiene su origen en el defecto de seguridad y que, por tanto, deriva de la falta de conformidad.

Por otro lado, el lucro cesante se puede definir como el incremento patrimonial neto (deducidos costes) que el acreedor deja de obtener a causa del incumplimiento del deudor⁶⁰. También puede definirse como los beneficios o ventajas que el acreedor habría obtenido si el deudor hubiere cumplido exacta y oportunamente su obligación⁶¹. Sin embargo, en este tipo de contratos, el consumidor es “toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”⁶², por lo que, en estos casos, difícilmente podremos apreciar la existencia de lucro cesante, ya que el consumidor o usuario no actuará con propósitos empresariales o profesionales⁶³. De lo contrario, no tendría la consideración de consumidor y, en consecuencia, escaparía del ámbito de aplicación de la DCSD y del TRLGDCU.

Ahora bien, imaginemos que la instalación de un software recalienta un dispositivo y la explosión del mismo le causa daños físicos (por ejemplo, en la mano) al consumidor, el cual se dedica profesionalmente a la música. Entonces aquí se puede plantear la cuestión de si el lucro cesante es indemnizable. En efecto, el lucro cesante está constituido por la ganancia de los contratos que se hayan hecho con terceros y que, finalmente, hayan resultado frustrados, de forma que de no haber mediado el incumplimiento del deudor, se podrían haber realizado⁶⁴. En concreto, a lo que nos estamos refiriendo aquí es al lucro cesante derivado

59 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, cit., p. 79.

60 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 1148.

61 DE PABLO CONTRERAS, P.: “Incumplimiento de las obligaciones”, cit., p. 198. En este mismo sentido, CRISTÓBAL MONTÉS, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 249 indica que el lucro cesante se origina “por no lograr alcanzar el acreedor aquello que previsiblemente y consequentialmente habría obtenido caso de haberse cumplido la obligación ahora incumplida”.

62 Art. 2.6 DCSD. *Vid.*, en el mismo sentido, art. 3.1. TRLGDCU.

63 Cabe señalar que el hecho de que el consumidor actúe con ánimo de lucro no excluye su condición de consumidor, pero una cosa es que actúe con tal ánimo lucrativo en un caso aislado y otra bien distinta que actúe con un propósito empresarial o profesional, lo cual ocurrirá cuando actúe con ánimo de enriquecerse pero de forma regular, ya que la habitualidad constituye una de las características de la cualidad legal de empresario conforme al art. 1.1º del Código de Comercio. *Vid.*, en este sentido, STS 17/2017, de 16 de enero de 2017, rec. núm. 2718/2014 (ECLI:ES:TS:2017:17).

64 En este mismo sentido, afirma PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al art. 74”, en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. por L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), Civitas, Madrid, 1998, p. 594, que el lucro cesante puede ser tanto “la ganancia ya dejada de obtener” como aquella “que previsiblemente se dejará de obtener en el futuro”.

del daño de indemnidad que, según la mejor doctrina⁶⁵, es la ganancia frustrada que el acreedor deja de obtener como consecuencia de un daño a otros intereses patrimoniales distintos de su interés de prestación⁶⁶. En el supuesto que nos ocupa, el lucro cesante estaría compuesto por la ganancia dejada de obtener como consecuencia de no poder prestar los servicios musicales contratados. Por tanto, entendemos que, según esta tesis, la ganancia que no se haya podido obtener por los contratos frustrados que no se han llevado a cabo como consecuencia del daño personal sufrido que impide ejecutarlos también debería ser indemnizada.

Sin embargo, existe un límite. La indemnización por este tipo de lucro cesante se determinará en función de la mayor o menor probabilidad de que el acreedor hubiese llegado a experimentar tales incrementos, no siendo resarcibles las meras expectativas o planes contingentes de ganancia⁶⁷, sino sólo las oportunidades de lucro verosímilmente deducibles del curso causal de los acontecimientos⁶⁸, a la luz de las actividades y circunstancias en que se halle involucrado el acreedor⁶⁹. Por tanto, en este supuesto, creo oportuno que deberían indemnizarse solamente las ganancias que se hubieran obtenido por aquellos contratos ya firmados que no se podrán ejecutar a consecuencia del daño sufrido, quedando excluidas de la indemnización las ganancias meramente potenciales por contratos que aún no estaban firmados⁷⁰. Cuestión distinta es que el perjudicado sea un trabajador autónomo (v.gr. albañil, fontanero, carpintero, etc.) cuyas ganancias dejadas de percibir por futuros trabajos no puedan determinarse a raíz de contratos ya concertados, principalmente porque no existen. Entonces, en estos casos, puede tomarse en consideración el promedio de las ganancias obtenidas en años anteriores⁷¹. En cualquier caso, lo que parece que determinará el alcance de la indemnización será el grado de probabilidad que logre probarse de que el acreedor hubiere obtenido las referidas ganancias por trabajos futuros.

65 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 1148-1149.

66 El ejemplo con el que CARRASCO PERERA ilustra este lucro cesante derivado del daño de indemnidad es lo que el acreedor deja de ganar como consecuencia de una enfermedad contraída por el uso del producto comprado.

67 *Vid.*, en este sentido, STS (Sala 1ª), 8 de junio de 1996, núm. 454/1996 (RJ 1996, 4831).

68 STS (Sala 1ª), 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 5272).

69 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil", en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (recurso online: BIB 2009, 5297).

70 Sin embargo, aquí no existe una regla absoluta a partir de la cual se pueda determinar con exactitud qué ganancias dejadas de percibir se podrían indemnizar como lucro cesante. Como apunta CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al art. 1.106", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 685-686, "cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro no se obtenga, mayores serán las exigencias de prueba requeridas al acreedor. Pero sin duda debe existir una frontera entre la no constancia del lucro cuando su probabilidad es mínima y la posibilidad de repercutir esta probabilidad en el *quantum* del mismo". De ahí que, siguiendo esta postura, si se logra acreditar la alta probabilidad que existe de que se firmen determinados contratos que no se llevarán a cabo por el daño personal sufrido, nada impide que se puedan tener en cuenta a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio.

71 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, cit., p. 687

Ahora bien, la posibilidad de que podamos reclamar ex arts. 1.101 y ss. CC las ganancias dejadas de obtener en un trabajo que no guarde relación con el incumplimiento del contrato puede plantear dificultades, ya que, en ocasiones, el Tribunal Supremo niega el lucro cesante reclamado porque no está en conexión inmediata con el incumplimiento, tal y como exige el art. 1.107 CC. Argumento que, como expresa la mejor doctrina⁷², muchas veces resulta correcto, dado que el lucro cesante es, por definición, una de las partidas posteriores del daño sufrido por el acreedor, acaso no previsible para el deudor en el momento de contratar. De ahí que, en algunos casos cobrará especial relevancia la nota de la previsibilidad⁷³, la cual exige una información o conocimiento por ambas partes de los riesgos que el contrato entraña, pero exige también, de manera expresa o implícita, un cierto sistema de distribución de tales riesgos, de manera que la contemplación de éstos o la contemplación de que la finalidad de la prestación, como causa concreta, en la esfera del acreedor, constituye causa concreta del contrato o motivo determinante de él⁷⁴. Es por ello que, en estos supuestos donde existen serias dudas de que exista una conexión directa entre el lucro cesante pedido y el incumplimiento, puede ser conveniente reclamar también por la vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC). En la práctica lo que ocurre es que, en estos supuestos, se aplica de forma orientativa el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, más comúnmente conocido como el Baremo de tráfico⁷⁵.

En cualquier caso, lo que sí está claro es que, si el suceso que ha dado lugar al incumplimiento no hubiera podido preverse por el proveedor, estaremos ante un caso fortuito ex art. 1.105 CC. La nota de la imprevisibilidad hace que no pueda ponerse a cargo del deudor aquello que no se ha podido prever. De lo contrario, estaríamos contradiciendo la regla de diligencia estipulada en el art. 1.104 CC. Y, en el mismo sentido, el art. 1.107 CC impide la indemnización por daños y perjuicios que no se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación.

Este concepto de imprevisibilidad, como afirma parte de la doctrina⁷⁶, puede formularse conjuntamente tanto para una responsabilidad por culpa como para

72 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 1178.

73 En efecto, esta nota de previsibilidad será exigible en aquellos casos en los que el deudor sea de buena fe. En este sentido apunta el art. 1.107 CC el cual señala que “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación (...)”, mientras que, en caso de dolo, el deudor responderá “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

74 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, p. 691.

75 Este Baremo para valorar los daños y perjuicios en accidentes de tráfico se encuentra en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>), el cual fue introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2016.

76 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al art. 1.105”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989, p. 659.

una responsabilidad por riesgo, de manera que la imprevisibilidad será aquello que exceda del ámbito de riesgo asignado al deudor. En este sentido, al proveedor no se le podrá imputar el daño ocasionado por un uso incorrecto del contenido o servicio digital, ya que el proveedor no debe soportar el riesgo derivado de la mala o errónea utilización que se haga por parte de quienes adquieran dichos contenidos o servicios digitales.

No obstante, hay que tener en cuenta que el suceso imprevisible que excusa la responsabilidad del proveedor es aquel que se haya podido prever al tiempo de constituirse la obligación (art. 1.107 CC). Esto es perfectamente aplicable a aquellos suministros de contenidos y servicios digitales que tengan lugar en un único acto como por ejemplo, cuando se descarga un programa (software) y se almacena en un dispositivo personal. Pero, también cabe la posibilidad de que el contrato prevea un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo como, por ejemplo, cuando el contrato estipule que una copia de un programa (software) antivirus se puede utilizar durante un año y se actualizará automáticamente el primer día de cada mes de dicho período⁷⁷. En estos supuestos donde el contrato instaura una relación duradera, la previsibilidad se predica también de todo momento posterior al contrato. Hay sucesos que son imprevisibles al contratar, pero que posteriormente se revelan como previsibles, de forma que, si al tiempo de contratar, el suceso era imprevisible pero, posteriormente resulta evitable con la diligencia y con los costes que se le pueden exigir al deudor según su modelo de conducta, el deudor responde, si no refuerza (pudiendo) sus medidas de seguridad⁷⁸. Así, en el ejemplo del programa (software) antivirus, el proveedor responderá si, de acuerdo con la diligencia y los costes que se le pueden exigir según su modelo de conducta –y aquello que resulte esperable de un contenido o servicio digital de la misma naturaleza- no establece nuevas medidas de seguridad a través de actualizaciones para hacer frente a los nuevos virus (malware) creados y distribuidos por los hackers.

Por el contrario, quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas⁷⁹. Se trata de un deber que encuentra su fundamento en la buena fe, de forma que el perjudicado por el incumplimiento deberá adoptar aquellas medidas que se pueden exigir conforme a una diligencia razonable⁸⁰. De lo contrario, el aumento

77 Ejemplo extraído del Cdo. 57 DCSD.

78 CARRASCO PERERA, Á.: "Comentario al art. 1.105", cit., p. 660.

79 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, cit., p. 689.

80 Sin embargo, como precisa SOLER PRESAS, A.: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1998, p. 64, no se trata de una obligación jurídica en sentido

que se produzca de los daños como consecuencia de la inacción del acreedor-consumidor ante el incumplimiento no deberá indemnizarse, pues en este caso ya no existe la relación de causalidad entre el incumplimiento y el aumento de costes que derivan del daño por la omisión del perjudicado.

V. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

Es unánime la opinión de la doctrina sobre el carácter objetivo del sistema de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad⁸¹. En este sentido, para los casos de falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos o servicios digitales, tanto la DCDS como el TRLGDCU prevén un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, constatada la falta de conformidad o la falta de suministro, el consumidor, según las circunstancias, podrá hacer uso de las medidas correctoras, a saber: la puesta en conformidad, reducción del precio o la resolución del contrato. En cambio, si lo que se pretende es la indemnización por daños y perjuicios que se pueda derivar de una falta de conformidad o falta de suministro, habrá que acudir a los distintos ordenamientos nacionales, en los cuales el sistema de responsabilidad no tiene por qué coincidir. De hecho, en nuestro caso, como ya hemos analizado, se prevé un sistema de responsabilidad subjetiva, por lo que, una vez constatada la falta de conformidad o falta de suministro, no siempre prosperará la indemnización por daños y perjuicios. Para ello, será necesario que exista un hecho culposo o doloso, un daño de carácter patrimonial o no patrimonial y una relación de causalidad entre ambos.

Por tanto, nos podemos encontrar ante supuestos en los que un contenido o servicio digital adolezca de una falta de conformidad o, directamente, no se haya suministrado, ante los cuales podremos pedir directamente la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato, pero, en cambio, no podemos pretender la indemnización por daños y perjuicios, porque el daño no se presume, sino que hay que probarlo, aunque incluso en aquellos supuestos en los que se pruebe un daño no siempre prosperará la indemnización por daños y perjuicios porque no se aprecia la falta de diligencia o culpa del proveedor.

estricto, cuyo cumplimiento pueda ser exigido por el causante del daño y cuyo incumplimiento lleve aparejado sanción alguna. Sino que el deber de mitigar los daños es una carga, que obliga al acreedor del resarcimiento a adoptar todas aquellas medidas que se estimen razonables para evitar la propagación de las consecuencias lesivas del incumplimiento o a paliar la gravedad del mismo.

81 En este sentido, LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 908, precisa que “en definitiva, sucede lo mismo que en la teoría general del contrato: para determinar si el contrato se cumplió o no, es intrascendente preguntarse acerca de cuál fue el grado de esfuerzo o la diligencia que desplegó el deudor, pues lo único relevante es valorar en qué medida quedó satisfecho el interés del acreedor”.

Es cierto que, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁸², cuando la obligación no se cumple como se debía (falta de conformidad o falta de suministro), conforme a las reglas generales del Derecho Común, se presume que ello se debió a la culpa del deudor. Por tanto, quien ha incumplido deberá probar que está exento de culpa, es decir, que el incumplimiento se debió a una causa ajena a él. Sin embargo, cuando exista una falta de conformidad o falta de suministro, pero la conducta del proveedor se aleje de aquella que le fuera exigible, entonces estaremos ante un supuesto de caso fortuito y el proveedor quedará exento de responder por los daños y perjuicios⁸³, pero no de la falta de conformidad o falta de suministro, de forma que el consumidor sí tendrá derecho a las medidas correctoras que se estimen pertinentes (sistema de responsabilidad objetiva).

En concreto, para determinar si la conducta culposa puede ser atribuible al proveedor habrá que acudir al juicio de la previsibilidad ex art. 1.107 CC, de forma que el proveedor quedará exento de responder de aquellos sucesos que no se pudieron prever al tiempo de constituirse la obligación. Por el contrario, responderá, únicamente, de aquellos que sí pudo o debió prever⁸⁴. Obviamente, dependiendo de las circunstancias, no siempre será exigible la misma diligencia al proveedor. De ahí que, dependiendo del supuesto concreto, aquello que se pudo o debió prever servirá como parámetro para medir el grado de diligencia que resulte exigible al proveedor o suministrador del contenido o servicio digital en cada momento.

Por otro lado, como ya hemos avanzado, hay que tener presente que aquí nos encontramos ante dos sistemas de responsabilidad distintos: por un lado, el sistema de responsabilidad objetiva previsto en la DCSD y el TRLGDCU para las faltas de conformidad o faltas de suministro y; por otro lado, el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa para la indemnización por daños y perjuicios previsto en los arts. 1.101 y ss. CC por remisión de la DCSD y el TRLGDCU. Este es el primer problema que se puede plantear, pues hay que tener en cuenta que, mientras la DCSD ha establecido un régimen uniforme para las medidas correctoras, sin embargo, ha renunciado a armonizar el régimen de indemnización

82 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 178.

83 Como señala ZURITA MARTÍN, I.: "Indemnización por daños y perjuicios e intereses", *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015, p. 691, "todo lo que no es culpa es caso fortuito, y viceversa".

84 Precisa el autor SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Comentarios al Códigos al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1286, que el nivel de diligencia vendrá representado, salvo pacto al respecto, por el modelo abstracto del buen padre de familia, acomodado a lo que requiera la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Por su parte, REGLERO CAMPOS, L.F.: "Los sistema de responsabilidad civil", *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, RB-2.8 (consulta online) señala que "para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental, etc. (...)".

por daños y perjuicios. La consecuencia es que nos vamos a encontrar, respecto a la indemnización por daños y perjuicios, distintas regulaciones con diferentes sistemas de responsabilidad –objetiva o subjetiva- y distintos requisitos de imputación. En realidad, dejando está regulación en manos de los Estados Miembros se ha conseguido justo el efecto contrario pretendido por la DCSD: establecer una regulación uniforme para todos los países de la Unión Europea. Habría sido deseable que el legislador europeo hubiera establecido un régimen de indemnización por daños y perjuicios como sí hizo la Propuesta de 2015, aunque, como afirma parte de la doctrina⁸⁵, debería haber aclarado también si el sistema de responsabilidad por daño allí previsto era objetivo.

No obstante, estando así las cosas, la segunda cuestión que se puede plantear es la convivencia –en nuestro caso- de un sistema de responsabilidad objetiva con un sistema de responsabilidad subjetiva. Quizás, *a priori*, podríamos pensar que lo ideal sería establecer un sistema de responsabilidad objetiva unificado tanto para las faltas de conformidad como para la indemnización por daños y perjuicios. De hecho, sería extremadamente más beneficioso para el consumidor, estableciendo así una presunción *iuris et de iure* de la conducta culposa del proveedor, de forma que, constatada la falta de conformidad o falta de suministro, junto a las medidas correctoras, el consumidor podría reclamar –si existe un daño- la indemnización por daños y perjuicios, sin que el empresario pudiera exonerarse de responder. Pero, la realidad es que un sistema de responsabilidad objetiva para la indemnización de daños y perjuicios puede resultar excesivo. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el suministro de contenidos y servicios digitales es una obligación de resultado, por lo que, ante una falta de conformidad o falta de suministro, existe una presunción *iuris tantum* de que el proveedor actuó de forma negligente, debiendo ser éste el que pruebe que actuó con la diligencia debida para exonerarse de responder por daños y perjuicios. Por tanto, creo que, configuradas así las cosas, se responde a los principios de justicia y equidad, pues, por un lado, el consumidor, una vez constatada la falta de conformidad o falta de suministro, va a tener derecho a ejercitar las medidas correctoras ex arts. 14 DCSD y 117.1 TRLGDCU y, por otro lado, si procede, podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios ex arts. 1.101 y ss. CC, donde se presume que el proveedor actuó de forma negligente y se invierte la carga de la prueba, lo cual, bajo mi punto de vista, resulta considerablemente favorable a la protección del consumidor, pero sin llegar a eliminar por completo la posibilidad que debe tener el empresario de exonerarse de responder si acredita que actuó con la diligencia debida.

85 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, cit., p. 85.

VI. LA INDEMNIZACIÓN COMO FÓRMULA PARA COMPENSAR AL CONSUMIDOR QUE HA CEDIDO SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.

En los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que la contraprestación consiste en la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor pueden surgir dos tipos de indemnización: 1) Por un lado, aquella que surge como consecuencia de una vulneración de las obligaciones previstas en el RGPD para el tratamiento de datos personales por parte del proveedor y que no tiene nada que ver con la existencia de una falta de conformidad o incumplimiento en el suministro; y 2) Por otro lado, aquella indemnización por daños y perjuicios que se puede reclamar de forma cumulativa y complementaria junto con las medidas correctoras ante una falta de conformidad o incumplimiento en el suministro de contenidos y servicios digitales. Esta última es la que debe regirse conforme a las reglas del Derecho Común, tal y como hemos analizado en el presente trabajo, y que puede surgir con independencia de si la contraprestación ha consistido en el pago de un precio en dinero o en la cesión de uso de los datos personales para su tratamiento.

En aquellos casos en los que la contraprestación consiste en la cesión de uso de datos personales y exista una falta de conformidad o un incumplimiento por parte del empresario, una de las medidas correctoras que se puede ejercitar por parte del consumidor o usuario es la resolución del contrato⁸⁶, cuyo efecto típico es la restitución de las prestaciones. Sin embargo, aquí no es posible la restitución de los datos personales, ya que la protección de los datos personales se configura como un derecho individual y personalísimo, cuya propiedad no se puede transmitir, sino, en todo caso, ceder su uso como contraprestación⁸⁷. De ahí que la DCSD establezca que, ante una resolución contractual donde la contraprestación por el suministro del contrato que se pretenda resolver haya consistido en la cesión de uso de datos personales, el empresario deba cumplir con las obligaciones previstas en el RGPD [arts. 16 DCSD y 119 ter. 5, letra b) TRLGDCU]⁸⁸. En concreto,

86 En concreto, la resolución del contrato se podrá ejercitar en los supuestos previstos en los arts. 13 y 14 DCSD y 119 y 119 ter TRLGDCU. De hecho, es posible que, en la práctica, cuando la contraprestación consista en la cesión de uso de datos personales, la opción por la resolución del contrato se utilice con más frecuencia. La razón estriba en que los casos en los que la contraprestación consista en el pago de un precio en dinero la resolución contractual no procederá si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia, mientras que, cuando la contraprestación consista en la cesión de uso de datos personales, cabe la posibilidad de resolver el contrato ante cualquier falta de conformidad, aun cuando ésta sea leve o de escasa importancia (art. 14.6 DCSD y 119 ter TRLGDCU).

87 En este sentido, como afirma MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 11, "el cedente de los datos asume una obligación de hacer, en concreto una obligación de cesión de uso de la información, del que la otra parte puede obtener un rédito (...), por lo que difícilmente podría hablarse de restitución.

88 El art. 119 ter.5, letra b) TRLGDCU también señala que el empresario deberá cumplir con las obligaciones prevista en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

deberá garantizar el derecho de acceso (art. 15 RGPD), el derecho de supresión o “derecho al olvido” (art. 17 RGPD) y el derecho a la portabilidad (art. 20 RGPD)⁸⁹, de forma que el consumidor pueda conocer qué datos se están tratando, decidir si quiere que se supriman y, en caso de ser técnicamente posible, solicitar su traslado directo a otro proveedor y responsable del tratamiento⁹⁰. Por tanto, aquí no resulta del todo correcto hablar de restitución, sino que, ante la resolución contractual, la obligación del proveedor y responsable se limita a cesar en el tratamiento de los datos personales del consumidor, obligación que parece que se extenderá igualmente a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder dichos datos⁹¹; y ello, sin perjuicio de los problemas que se puedan plantear, ya que nada garantiza que los datos personales hayan sido suprimidos y que no serán utilizados para futuros usos ni por parte del proveedor ni de los terceros a los que éste se los haya transferido⁹². Ello es debido a que hasta la fecha no hay manera posible, desde un punto de vista técnico, de borrar por completo y para siempre la información subida a Internet⁹³.

El consumidor o usuario, ante la resolución contractual, también debe cumplir con una serie de obligaciones. En concreto, deberá abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales [arts. 17.1 DCSD y 119 ter.6 6, letra a) TRLGDCU] y de ponerlos a disposición de terceros o, en caso de que los mismos se hayan suministrado en soporte material, deberá devolver dicho soporte material al empresario sin demora indebida [arts. 17.2 DCSD y 119 ter. 6, letra b) TRLGDCU]. Sin embargo, estos supuestos no plantean problemas, ya que, desde el momento de la resolución contractual, el empresario tiene la facultad de impedir al consumidor el uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular haciendo que los contenidos o servicios digitales sean inaccesibles para el mismo o inhabilitando su cuenta de usuario [arts. 16.6 DCSD y 119 ter. 5, letra f) TRLGDCU].

89 Para un análisis extenso y completo de la intersección de las normas sobre protección de datos personales con las normas sobre la defensa contractual del consumidor al extinguirse el contrato por vía de resolución *vid.*, en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 838-862.

90 En el caso de que el consumidor haya proporcionado datos no personales, es decir, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales, el empresario también deberá cumplir en relación a los mismos con una serie de obligaciones. En concreto, se deberá abstener de utilizar cualquier contenido generado por el consumidor, aunque cuenta con algunas excepciones [arts. 16.3 DCSD y 119 ter. 5, letra c) TRLGDCU], también deberá poner a disposición del consumidor, a petición de este, los contenidos que el propio consumidor haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales y, en consecuencia, el consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos digitales que haya creador al utilizar los contenidos o servicios digitales sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario [arts. 16.4 DCSD y 119 ter. 5, letras d) y e) TRLGDCU]. Esos contenidos que son distintos de los datos personales pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles (Cdo. 69 DCSD).

91 MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales”, *cit.*, p. 126.

92 En este sentido, NAVAS NAVARRO, S. y CAMACHO CLAVIJO, S.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 43 (consulta online) señala que “La cuestión es que, en el internet de las cosas, los datos se usan, se reutilizan, se usan los desechos de datos, existen usos secundarios, no se destruyen, cancelan o desaparecen; al contrario, se almacenan para ser objeto de usos nuevos en el futuro”.

93 MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad”, *cit.*, p. 17.

No obstante, en el caso de que la contraprestación haya consistido en la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor o usuario se plantea un problema. Imaginemos que existe un incumplimiento imputable al empresario, ya sea por la existencia de una falta de conformidad o una falta de suministro del contenido o servicio digital. En este caso, si el consumidor opta por la resolución del contrato, el empresario deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el RGPD (derecho de acceso, derecho de supresión y derecho de portabilidad), pero la DCSD no establece nada más al respecto. Sin embargo, el problema es que durante el periodo transcurrido entre el momento en que el consumidor cede sus datos personales⁹⁴ y la resolución del contrato, el empresario ha podido realizar un tratamiento con los datos personales del consumidor y, en consecuencia, obtener un beneficio. De esta forma, el problema es que la parte incumplidora –el empresario- aun cuando cumpla con sus obligaciones ante una resolución contractual ex art. 16 DCSD, puede verse beneficiado por el correcto cumplimiento del consumidor que le ha cedido sus datos personales en tiempo y forma. Por esa razón, en estos supuestos, lo justo sería que el empresario compensara al consumidor que sí ha cumplido con su obligación de ceder sus datos y no ha obtenido a cambio la contraprestación a cargo del empresario, o al menos no en la forma acordada entre ambas partes⁹⁵. Para ello, aquí se proponen dos soluciones:

l) La primera sería establecer la obligación del empresario de compensar al consumidor con una cantidad económica igual al beneficio que se haya obtenido por el tratamiento de los datos personales. Este beneficio puede venir dado por las transacciones que haya hecho con terceros con esos datos personales o por el propio valor que se le dé a los datos personales cuando se hayan utilizado para sí con fines de mercadotecnia. Aunque, es cierto que es muy difícil calcular el valor de nuestra información personal por la falta de datos al respecto, pues es un mercado opaco lleno de secretismo y dónde las fluctuaciones económicas del producto escapan a nuestro entender⁹⁶. De hecho, las cantidades que los anunciantes estarían dispuestos a pagar por nuestros datos personales son ínfimas⁹⁷, ya que los datos personales singularmente considerados tienen escaso valor. Cuestión distinta es que las empresas, a través de softwares con algoritmos diseñados al efecto, cruzan estos datos individualmente considerados con otros

94 Normalmente, el momento en el que el consumidor cede su datos personales coincidirá con la celebración del contrato, aunque nada impide que sea en un momento posterior, por ejemplo cuando el consumidor dé su consentimiento para que el empresario utilice los datos personales que el consumidor pueda cargar o crear con el uso de los contenidos o servicios digitales (Cdo. 24 DCDS).

95 MARTÍNEZ CALVO, J.: "Los datos personales", cit., p. 129.

96 MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 23.

97 En un estudio llevado a cabo por Total Money (<https://www.totallymoney.com/personal-data/>) el valor de algunos de nuestros datos personales serían los siguientes: edad (0,00004 \$), trabajo (0,066 \$), estado civil (0,0924 \$), datos relativos a la salud (0,2335 \$), correo electrónico (0,0713 \$) o ubicación actual (0,0004 \$).

datos de forma que obtienen información de gran valor, de la cual pueden obtener grandes beneficios, pues no hay duda de que cuanto más información se reciba y mayor sea el volumen de los datos, mayores serán los beneficios que se obtengan. Sin embargo, esta compensación económica que se plantea, no se ha previsto en la DCSD ni en el TRLGDCU por lo que difícilmente podría tener recorrido la pretensión del consumidor por esta vía.

2) La segunda solución que se propone parte de la consideración de canalizar a través de la indemnización de daños y perjuicios la compensación económica que el consumidor podría merecer como consecuencia de los beneficios obtenidos injustamente por el empresario al hacer uso de sus datos personales durante el íter temporal transcurrido desde la celebración del contrato hasta la resolución del mismo. En este sentido, como afirma parte de la doctrina⁹⁸, una opción será que el eventual beneficio obtenido por el empresario se tenga en cuenta a la hora de calcular la correspondiente indemnización en favor del consumidor por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento contractual. Sin embargo, aquí nos encontramos con el problema de que no siempre prosperará la indemnización por daños y perjuicios. Como hemos visto, la resolución contractual es una medida correctora que se puede ejercitar una vez se constate la falta de conformidad o la falta de suministro del contenido o servicio digital (sistema de responsabilidad objetiva), mientras que para que surja la indemnización de daños y perjuicios es necesario probar la culpa del proveedor y la relación de causalidad entre aquella y el daño efectivamente causado (sistema de responsabilidad subjetiva), lo que no siempre será posible. De ahí que muchas veces resultará especialmente difícil canalizar esta compensación a través de la vía indemnizatoria *ex arts. 1,101 y ss CC*, pues la indemnización por daños y perjuicios no siempre procederá, bien porque no se haya logrado probar la culpa del proveedor o bien porque no se haya causado efectivamente un daño en la esfera patrimonial o no patrimonial del consumidor. Por tanto, creo que, en estos casos, una solución sería acudir a la vía del enriquecimiento injusto⁹⁹, cuyo fundamento principal es un enriquecimiento patrimonial que carece de razón jurídica o justificación que lo legitime¹⁰⁰. Además, esta acción de enriquecimiento sin causa está sometida al

98 MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales”, cit., p. 129.

99 Los requisitos para que prospere la acción de enriquecimiento injusto, según la STS Sala I^a, de 24 de junio de 2020, núm. 352/2020 (RJ 2020, 5137), son “(a) un aumento de patrimonio del enriquecido, (b) un correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *damnum emergens*, o por un *lucrum cesans*; (c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y (d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio”.

100 Fundamento que, como señala la STS Sala I^a, de 13 de enero de 2015, rec. núm. 1147/2013 (RJ 2015, 267) encontraría aplicación incluso “Como principio general del derecho, cuya formulación sería «nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro», se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el Derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa

mismo plazo de prescripción que la acción de indemnización por daños y perjuicios, esto es, al plazo general de 5 años establecido en el art. 1964.2 CC.

al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)".

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho civil*, 1966.

ARNAU RAVENTÓS, L.: "Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?", *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24.

ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Revista Boliviana de Derecho*, 2013.

AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.

BEALE, H.: "Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment : in-depth analysis", Publications Office, 2015 (consultar en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/679216>).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil", en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (recurso online: BIB 2009, 5297).

BUENO BIOT, Á.: "Los datos personales como contraprestación en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho digital y nuevas tecnologías* (dir. por A. MADRID PARRA y L. ALVARADO HERRERA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

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

- "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1.

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

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Civitas -Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

- *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- "Comentario al art. 1.105", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989.

- "Comentario al art. 1.106", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989.

- "Comentario al art. 1.107", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III (revisada y actualizada por G. GARCÍA CANTERO), Reus, Madrid, 1986.

CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021

El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo, Dykinson, Madrid, 2005.

CASTILLO PARRILLA, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, 2021, núm. 82.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.

CRISTÓBAL MONTÉS, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.

DÍAZ ALABART, S.: "Comentario al art. 1.103", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo XV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2011.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias (vol. II), Civitas, Madrid, 1993.

DE COSSÍO, M.: *Derecho al Honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), Colex, Madrid, 2000.

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

ESPIAU ESPIAU, S.: "La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

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

GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.

JUÁREZ TORREJÓN, Á.: "Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios posventa", *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial* (coord. por M. J. SANTOS MORÓN y M. N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022.

LETE ACHIRICA, J.: "Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales", *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2014.

MAK, V.: "The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis", Publications Office, 2016 (consultar en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/277682>).

MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, núm. 61.

MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4.

MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, núm. 1.

NAVAS NAVARRO, S. y CAMACHO CLAVIJO, S.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (consulta online).

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al art. 74”, en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. por L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), Civitas, Madrid, 1998.

PARRA LUCÁN, M^a.Á.: “Responsabilidad civil por productos defectuosos”, en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 (consulta online).

REGLERO CAMPOS, L.F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 (consulta online).

- “Los sistema de responsabilidad civil”, *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 (consulta online).

SALVADOR CODERCH, P. y MARTÍN CASALS, M.: “Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 21, 1989.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Comentarios al Códigos al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Cizur Menor (Navarra), 2011.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: “Remedios del comprador”, en AA.VV.: *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015.

SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo”, *Actualidad Civil*, 2022, núm. 3.

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

SOLER PRESAS, A.: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1998.

STAUDENMAYER, D.: “Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770”, *EU Digital Law. Article-byArticle Commentary* (dir. por R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlag, Baden-Baden (Munich), 2020.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo III) (coord. por L. F. REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

ZURITA MARTÍN, I.: “Indemnización por daños y perjuicios e intereses”, *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015.

