

LAS MEDIDAS CORRECTORAS EN EL ÁMBITO DIGITAL  
*REMEDIES IN THE DIGITAL DOMAIN*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 918-937



Álvaro BUENO  
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

**RESUMEN:** Ante el aumento de la producción y el intercambio de los contenidos y servicios digitales como consecuencia de la evolución de las nuevas tecnologías, se hace necesario establecer un marco jurídico que dote de protección a los consumidores y usuarios. En este sentido, el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, transpuso en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) la Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Se examinan aquí las medidas correctoras de las que dispone el consumidor o usuario ante una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales o ante un incumplimiento contractual del empresario. En este sentido, se estudian los supuestos en que procede la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución contractual, así como los problemas que se derivan de las mismas, bien porque hay supuestos no previstos por el legislador, o bien por la intersección de algunos principios y normas tanto nacionales como europeas.

**PALABRAS CLAVE:** Consumidores; usuarios; contenidos digitales; servicios digitales; contrato de suministro; falta de conformidad; medidas correctoras;; resolución contractual; reducción del precio; puesta en conformidad; Directiva 2019/770; TRLGDCU.

**ABSTRACT:** *Given the increase in the production and exchange of digital content and services as a result of the evolution of new technologies, it is necessary to establish a legal framework that protects consumers and users. In this regard, Royal Decree Law 7/2021, of 27 April, transposed Directive 2019/770 on contracts for the supply of digital content and services into the Consolidated Text of the General Law for the Defence of Consumers and Users (TRLGDCU). The remedies available to the consumer or user in the event of a lack of conformity of the digital content or services or a breach of contract by the entrepreneur are examined here. In this regard, the cases in which conformity, price reduction or contractual termination are appropriate are studied, as well as the problems that arise from them, either because there are cases not provided for by the legislator, or because of the intersection of some principles and national and European rules.*

**KEY WORDS:** Consumers; users; digital content; digital services; supply contract; lack of conformity; remedies; contractual termination; price reduction; bringing into conformity; Directive 2019/770; TRLGDCU.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO.- III.- ¿CUÁNDO EXISTE UNA FALTA DE CONFORMIDAD?-** 1. Los requisitos subjetivos.- 2. Los requisitos objetivos.- 3.- Obligaciones del empresario y exención de responsabilidad.- IV. MEDIDAS CORRECTORAS EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD.- 1. La puesta en conformidad.- 2. Presupuestos para la reducción del precio y la resolución del contrato.- 3. La reducción del precio.- 4. La resolución del contrato.- V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.- 1. El desistimiento unilateral del consumidor derivado del principio de libre revocación del consentimiento al tratamiento de sus datos personales.- 2.- La problemática derivada de la facultad del empresario de resolver el contrato.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez es más frecuente que los consumidores o usuarios hagan un uso de las tecnologías más intenso, lo que se traduce en una mayor producción e intercambio de contenidos y servicios digitales. Por ello, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales están cada vez más presentes en nuestro día a día. De ahí que hayan experimentado un importante auge en toda la Unión Europea, y ésta, consciente de ello, lanzó la Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCD), para dotar a este tipo de contratos de un marco legal que garantice los derechos de los consumidores y dota de seguridad jurídica a los empresarios.

Sin embargo, a pesar de que la DCD ha venido a solucionar muchos problemas, todavía existen muchas cuestiones pendientes de legislar y muchos interrogantes que resolver, pues nos encontramos en un ámbito donde las tecnologías están en constante evolución.

Uno de los problemas de mayor relevancia y que más interés ha despertado en la doctrina jurídica ha sido la introducción de las contraprestaciones no dinerarias<sup>1</sup>, esto es, los datos personales que el consumidor o usuario cede a cambio del suministro del contenido o servicio digital. Cada vez es más común que los proveedores de contenidos y servicios digitales no cobren en dinero por

---

1 Vid. en este sentido 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", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887; PLANA ARNALDOS, M.C.: "Los datos personales como contraprestación", en AA.VV: *Protección de Datos personales* (coord. por I. González Pacanowska), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618; ROSELLÓ, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, núm. 303.

la prestación, sino que exijan a cambio de ésta una contraprestación no dineraria, como pueden ser los datos personales (o no) del usuario. Y esto no significa que estos contratos puedan calificarse como gratuitos<sup>2</sup>.

Estos modelos de negocio, donde el consumidor o usuario cede sus datos personales a cambio de la prestación del servicio, son cada vez más habituales en el mercado digital debido a su gran rentabilidad. No obstante, los datos personales del consumidor o usuario, considerados en sí mismos individualmente, valen poco o nada. 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 escala<sup>3</sup>, permiten una reconstrucción de la personalidad online capaz de predecir nuestros pasos o intereses en la vida real<sup>4</sup>, y que constituyen información de gran valor para otros sujetos que están dispuestos a pagar enormes cantidades de dinero a cambio de ello.

Por otro lado, y unido íntimamente al anterior, surge el problema de las medidas correctoras a las que tiene derecho el consumidor o usuario ante una falta de conformidad o un incumplimiento contractual, especialmente cuando la contraprestación ha consistido en datos personales. Precisamente, la mayor parte de los problemas a resolver surgen en las medidas consistentes en la reducción del precio y en la resolución contractual. Respecto a la primera, porque, en función de si la contraprestación es dineraria o no, cabrá la posibilidad de ejercitarla o no, lo que puede conducir a situaciones discriminatorias en función del tipo de contraprestación. Y, respecto de la segunda porque, dándose el efecto típico de la resolución contractual, esto es, la restitución de prestaciones, cuando consistan en datos personales, éstos deberán atenerse a un régimen normativo particular.

En este último caso, nos encontramos en la interacción entre dos normativas: por un lado, las normas existentes en materia de consumo, en especial, la normativa reguladora de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y, por otro lado, la normativa relativa a la protección de datos personales.

A este marco jurídico, en el que confluyen estas dos normativas, me referiré en el siguiente apartado. Y a continuación, trataré de analizar los diferentes problemas

---

2 Vid. en este sentido DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4.; 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*, 2020, núm. 4, pp. 101-102; 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, pp. 5-8.

3 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.

4 MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. Y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit. p. 24.

que derivan de las distintas medidas correctoras, haciendo especial hincapié en la diferencia de trato que se le dispensa a los consumidores o usuarios en función de si la contraprestación es dineraria o si, por el contrario, consiste en la cesión de datos personales (o no personales).

## II. MARCO NORMATIVO.

Como he avanzado anteriormente, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales cada vez es más común que la contraprestación exigida por el empresario o suministrador no sea una contraprestación dineraria, sino que esta consista en la cesión de uso por parte del consumidor o usuario de sus datos personales.

En este sentido, cuando esto ocurre, nos encontramos que interaccionan dos normativas: la normativa de protección de consumidores y la normativa protectora de los datos personales.

Así, por un lado, tenemos la antes mencionada Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales<sup>5</sup> (DCD), presentada por la Unión Europea como parte de su estrategia para el Mercado Único Digital. Esta Directiva se presenta, en general, como de armonización máxima, si bien no se proponen reglas omnicomprendivas sobre todos los aspectos del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, sino sólo de una serie de reglas imperativas centradas en los problemas más importantes a los que tienen que hacer frente los consumidores, entre los que se encuentran las medidas correctoras objeto de este trabajo.

Por su parte, el legislador español transpuso la DCD al ordenamiento jurídico interno a través del Real Decreto-Ley 7/2021<sup>6</sup>, incorporándose al Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>7</sup> (en adelante, TRLGDCU), cuyas normas entrarán en vigor el día 1 de enero de 2022<sup>8</sup>. Y lo ha hecho transponiendo la DCD junto a la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes<sup>9</sup> (en adelante, DCVB), con el fin de evitar reiteraciones, además de

5 DOUE 22.5.2019. L 136/1. Texto pertinente a efectos del EEE. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>.

6 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.

7 Consultar en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>

8 Por tanto, las referencias que se hagan a artículos del TRLGDCU deberán entender con efectos de 1 de enero de 2022.

9 DOUE 22.5.2019. L 136/28. Texto pertinente a efectos del EEE. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj>. Esta Directiva se aplica tanto a las ventas presenciales como a las realizadas a distancia (on-line).

incrementar la seguridad jurídica en su aplicación, al mantener los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán indistintamente a todas las situaciones que no requieran esa diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada.

Por otro lado, si bien es cierto que el TRLGDCU se aplicará a todo contrato en virtud del cual el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario -con algunas excepciones-, para poder realizar un tratamiento lícito de los mismos, habrá que atenerse a lo establecido por el Reglamento 2016/679, 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<sup>10</sup> (en adelante, RGPD), así como a la Ley 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>11</sup> (en adelante, LOPDPGDD).

El RGPD, que es de aplicación directa en todos los Estados Miembros, va a ser el marco normativo a tener en cuenta -junto a la LOPDPGDD-, no sólo para valorar la licitud del tratamiento de los datos personales cedidos por el consumidor o usuario, sino también para valorar la validez del consentimiento obtenido por parte del consumidor<sup>12</sup>.

Sin embargo, de la interacción entre el TRLGDCU y RGPD pueden surgir una serie de problemas. Para ello, el art. 114.I TRLGDCU sale al paso y establece que será de aplicación el RGPD, así como la Ley General de Telecomunicaciones<sup>13</sup> a cualesquiera datos tratados en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Y, en caso de conflicto entre el TRLGDCU y estas dos normativas, prevalecerá lo estipulado en estas últimas.

Ahora bien, a pesar de ser dos normativas complementarias, existen situaciones no exentas de problemas y que me limitaré a señalar las más relevantes sin entrar en un análisis profundo de la cuestión por no ser objeto de este trabajo, pero que conviene tener presentes.

En primer lugar, puede darse el caso que en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales exista alguna cláusula que contravenga lo estipulado en el RGPD. Esto no supondría la ineficacia de la totalidad del contrato, sino que, por aplicación del principio de conservación de los contratos, solo resultará ineficaz dicha cláusula.

10 Consultar en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

11 Consultar en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>

12 En particular, habrá que atenerse a los caracteres establecidos en el art. 4.II del RGPD, es decir, el consentimiento debe ser específico, libre, informado e inequívoco.

13 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

En segundo lugar, el tratamiento de datos personales en relación con un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales será lícito si se ajusta a lo establecido por el RGPD. Sin embargo, existe una clara contradicción entre la obligación de ceder los datos personales y aceptación del tratamiento de los mismos, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD.

El legislador español ha intentado remediar esta situación otorgándole la facultad, en este caso, al empresario de resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte (art. 119 ter. 7 TRLGDCU). No obstante, parece que esta solución no está exenta de problemas los cuales serán objeto de análisis posteriormente<sup>14</sup>.

Y, por último, otro de los problemas más complejos es cómo incide en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales el consentimiento del consumidor que no se considera válido por no reunir los requisitos del art. 6.1 a) RGPD. Si la ilicitud del consentimiento incidiera en la eficacia del contrato celebrado, provocando su invalidez, esto conduciría a la inaplicación de los remedios protectores previstos para el consumidor en el TRLGDCU, quedando asimismo el empresario liberado de todas las responsabilidades derivadas del referido texto normativo. De esta forma, el incumplimiento por el responsable del tratamiento de las exigencias derivadas del RGPD beneficiaría a quien provoca tal incumplimiento, esto es, si el proveedor no obtiene el consentimiento conforme a la normativa de protección de datos, el contrato es ineficaz y, por ende, se beneficia de la no aplicación de las responsabilidades previstas en el TRLGDCU y privando al consumidor de los remedios contractuales, lo que carece de toda lógica y coherencia.

Por ello, la solución que se plantea, con la finalidad de que el consumidor no pierda su derecho a optar por las medidas correctoras previstas en el TRLGDCU, es la siguiente: separar el consentimiento contractual y el consentimiento conforme al RGPD, de manera que la ilicitud de este último consentimiento no debe afectar al consentimiento contractual y, en consecuencia, no afectar a la validez del contrato celebrado. Esto es, un consentimiento para el tratamiento de datos personales no conforme con el RGPD no provoca, por sí solo, la invalidez del contrato de suministro<sup>15</sup>. Todo ello, sin perjuicio del derecho del consumidor a pedir la indemnización por daños y perjuicios reconocido en el art. 8.1 c) TRLGDCU.

---

<sup>14</sup> Vid. supra apartado 5.2.

<sup>15</sup> Vid. en este sentido GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (Dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 191-192; y METZGER, A.: "Un modelo de mercado

### III. ¿CUÁNDO EXISTE UNA FALTA DE CONFORMIDAD?

Son muchos los consumidores o usuarios que sufren problemas de calidad y acceso a los contenidos y servicios digitales. De ahí que, el TRLGDCU –ajustándose a las directrices decretadas por la DCD- haya establecido unas normas relativas a la falta de conformidad o incumplimiento en el suministro de estos contenidos y servicios digitales.

En este sentido, para valorar si se produce un incumplimiento o una falta de conformidad en los contenidos y servicios digitales, el TRLGDCU ha establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los 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).

#### I. Los requisitos subjetivos.

Los requisitos subjetivos (art. 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 lo siguiente:

a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato;

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario 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) Ser suministrados con todos los accesorios e instrucciones para su instalación e integración, así como la asistencia al usuario según disponga en el contrato;

d) Ser actualizados según se estipule en el contrato. En consecuencia, la falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato —o las

---

para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 128.

actualizaciones defectuosas o incompletas— debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales<sup>16</sup>.

## 2. Los requisitos objetivos.

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

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

b) Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato.

c) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, tales como la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital, así como la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar. Para ello, habrá que atender a la naturaleza de los mismos y a las posibles declaraciones públicas realizadas por el empresario, o en su nombre, especialmente en la publicidad o etiquetado.

## 3. Obligaciones del empresario y exención de responsabilidad.

El proveedor del contenido o servicio digital, además de cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos mencionados anteriormente, debe cumplir con algunas obligaciones adicionales.

En este sentido, en el ámbito de las actualizaciones, no basta con que haya puesto a disposición del consumidor la versión más reciente<sup>17</sup> del contenido o servicio digital, sino que también debe velar por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los productos.

16 ESPIN ALBA, I.: “Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y “prosumidores” en el Mercado Único Digital”, *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 104, p. 24.

17 En virtud del apartado 6 del art. 155 ter TRLGDCU existe la obligación para el empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales conforme a la versión más reciente en el momento de la celebración del contrato, salvo que las partes acuerden otra cosa.

Ahora bien, en caso de que el consumidor no proceda a instalar las actualizaciones proporcionadas por el empresario en un plazo razonable, este no será responsable de las faltas de conformidad como consecuencia de esa falta de actualización. No obstante, para que exista esta exención de responsabilidad del empresario se deben cumplir dos condiciones (art. 115 ter, apartado 3):

1) El empresario debe advertir al consumidor sobre la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación;

2) La no instalación por parte del consumidor o usuario, o su instalación incorrecta, no se deba a deficiencias en las instrucciones facilitadas.

Del mismo modo, el empresario responderá de las faltas de conformidad derivadas de una instalación o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales (art. 115 quater) siempre que:

1) La instalación o integración incorrecta haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad.

2) La instalación o integración incorrecta hecha por el consumidor o usuario se deba a deficiencias en las instrucciones proporcionadas por el empresario.

Por su parte, el empresario también quedará exento de responsabilidad en relación a las declaraciones públicas hechas respecto a la cantidad, cualidades y características de los contenidos y servicios digitales si se demuestra alguno de los siguientes hechos:

1) Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

2) Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.

3) Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el contenido o servicio digital.

Finalmente, cabe señalar que el empresario puede apartarse de los requisitos objetivos de conformidad siempre y cuando, en el momento de celebración del contrato, informe al consumidor o usuario de forma específica de que una determinada característica se aparta de tales requisitos, y este acepte de forma expresa y por separado dicha divergencia (art. 115 ter, apartado 5). Por lo tanto, el proveedor puede fijar unilateralmente, siempre que actúe con la debida transparencia, los fines y usos para los que son aptos los contenidos digitales que suministra, incluso aunque sean subestándar, carezcan de la seguridad al uso,

no puedan emplearse más que en ciertos soportes, plataformas o formatos o carezcan, en el supuesto más extremo, de instrucciones o de actualizaciones de ningún tipo una vez adquiridos.

Las expectativas del consumidor quedan por tanto enteramente definidas por los términos del contrato; la conformidad se supedita a la satisfacción de una suficiente información contractual y precontractual, sin parámetro objetivo mínimo de contraste. Las legítimas expectativas que el consumidor podría tener a la luz de los usos del mercado o los avances tecnológicos quedan limitadas por la voluntad del proveedor como predisponente del contenido contractual<sup>18</sup>.

Por tanto, lo que, en principio, parecen ser unos requisitos basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, se materializa en la exigencia de un deber de transparencia para el empresario que, en consecuencia, exige la aceptación del consumidor de forma expresa y separada de dicha divergencia para que ésta sea considerada conforme al contrato.

#### IV. MEDIDAS CORRECTORAS EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD

El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede (art. 117.1 TRLGDCU).

Además, el consumidor o usuario podrá suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones que le correspondan. Sin embargo, parece que este derecho del consumidor de suspender el pago, sólo existe para los supuestos en que la contraprestación consiste en el pago del precio en dinero, y no para aquellos supuestos en que ha cedido el uso de sus datos personales.

##### I. La puesta en conformidad.

En caso de que los contenidos o servicios digitales no fueran conformes con el contrato, el consumidor o usuario puede exigir que sean puestos en conformidad<sup>19</sup>.

18 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, pp. 28-29.

19 El plazo durante el cual el consumidor o usuario puede manifestar esa falta de conformidad es de 2 años cuando los contenidos o servicios digitales sean suministrados en un acto único o en una serie de actos

No obstante, el proveedor podrá negarse a la puesta en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, valorando todas las circunstancias, en especial, el valor de los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido la falta de conformidad y la relevancia de la falta de conformidad. En consecuencia, surgirá para el consumidor el derecho a optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato.

Por su parte, aquellas medidas que se tomen para la puesta en conformidad del contenido o servicio digital serán gratuitas para el consumidor y deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes.

## 2. Presupuestos para la reducción del precio y resolución del contrato.

El art. 119 TRLGDCU establece una serie de presupuestos que se tienen que dar para que surja el derecho del consumidor o usuario a optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato, y que son los siguientes:

a) Cuando la medida consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulte imposible o desproporcionada<sup>20</sup>.

b) Cuando el empresario no haya puesto en conformidad los contenidos o servicios digitales de acuerdo con las exigencias del art. 118.4 TRLGDCU<sup>21</sup>.

c) Cuando, una vez puestos en conformidad los contenidos o servicios digitales por el empresario, aparezca cualquier falta de conformidad.

d) El empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario.

Sin embargo, este último presupuesto es criticable en el sentido de que el empresario puede rechazar injustificadamente la subsanación, aun en casos en que fuese razonable, posible, legal y proporcionado poner el contenido digital en conformidad con estos contratos de consumo; con esta previsión quedaría al arbitrio del suministrador atender o no a la pretensión del consumidor que [...] se configura como su derecho primario en caso de falta de conformidad<sup>22</sup>. En

---

individuales (art. 120.1 TRLGDCU). No obstante, si los contenidos o servicios digitales son suministrados durante un plazo de tiempo continuado, el empresario responderá de cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo en el que deben suministrarse los contenidos o servicios digitales (art. 120.2 TRLGDCU).

20 Vid. en este sentido el apartado 4.1.

21 Esto es, que sea gratuita para el consumidor o usuario; llevarse a cabo en un plazo razonable; y que se realice sin mayores inconvenientes teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran para el consumidor o usuario.

22 CAMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., pp. 53-54.

consecuencia, si el proveedor decide arbitrariamente no poner el contenido o servicio digital en conformidad, parece ser que el TRLGDCU deja a elección del consumidor optar entre la reducción proporcional del precio o la resolución del contrato, pero dado que, para que proceda la resolución, la falta de conformidad no debe ser de escasa importancia<sup>23</sup>, puede darse la situación de que el consumidor se vea obligado a escoger obligatoriamente el remedio de la reducción del precio. Y, por tanto, se vea obligado a recibir el producto con la rebaja proporcional del precio, lo que no parece muy acertado.

De esta forma, lo que en principio parecía un abanico de remedios a disposición del consumidor en favor de una mayor protección, se convierte en una situación en la que el consumidor no tiene posibilidad de elegir entre las distintas opciones que el legislador, a priori, le ha querido conceder.

Por su parte, si se ceden los datos personales como contraprestación del contrato, el requisito de la escasa importancia en relación con la falta de conformidad no se aplicará<sup>24</sup>, de manera que al consumidor, por el contrario, la única opción que le queda es la resolución contractual, dado que la rebaja proporcional del precio únicamente es posible cuando la contraprestación del contrato es el pago de un precio en dinero.

En cualquier caso, si se deja a elección del consumidor optar entre los remedios subsidiarios, y éste decide ejercitar la resolución y ésta no prospera por no cumplir los requisitos, parece ser que, por aplicación de la doctrina del TJUE<sup>25</sup>, no sólo no perderá el derecho a ejercitar la otra opción alternativa –reducción proporcional del precio–, sino que incluso, según la citada STJUE, los tribunales deberán poder reconocer de oficio el derecho del consumidor a obtener una reducción proporcional del precio aunque no lo hubiese solicitado en su “petitum”, centrado exclusivamente en una resolución que no prospera<sup>26</sup>.

### 3. La reducción del precio.

La reducción del precio ya hemos visto que se utiliza como medida correctora con carácter subsidiario, es decir, el consumidor debe acudir primero a la puesta en conformidad del contenido o servicio digital y, subsidiariamente, a la reducción del precio o, en su caso, a la resolución, salvo en aquellos supuestos en que la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique esta rebaja proporcional del precio de forma inmediata, sin necesidad de acudir al remedio de la puesta en conformidad.

23 Vid. en este sentido art. 119 ter. 2 TRLGDCU.

24 Vid. en este sentido el apartado 3 del art. 119 ter TRLGDCU.

25 STJUE 3 octubre 2013, Caso Soledad Duarte (Tol 3952733).

26 Vid. en este sentido CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, cit., pp. 59-60.

Este remedio puede ser útil para aquellos consumidores o usuarios que, pese a que aún siga existiendo la falta de conformidad, les resulte beneficioso quedarse con el contenido o servicio digital defectuoso a un precio reducido ya que sigue cumpliendo sus fines e intereses y, por tanto, no tenga necesidad de resolver el contrato ni de buscar el mismo contenido o servicio digital en otro proveedor<sup>27</sup>.

Para calcular la reducción proporcional del precio habrá que tener en cuenta la diferencia existente entre el valor que el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento del suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el contenido o servicio digital efectivamente suministrado tenga en el momento de dicho suministro. Como es lógico, esta reducción del precio solo procede cuando la contraprestación sea el pago de una cantidad de dinero, de forma que, cuando aquella consista en la cesión de uso de datos personales, esta medida no procederá.

Por su parte, si los contenidos o servicios digitales se suministran durante un periodo de tiempo, la reducción del precio se calculará atendiendo al criterio del párrafo anterior, pero únicamente respecto al periodo de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no hubiesen sido conformes.

Finalmente, cabe señalar que la reducción del precio como medida correctora y la indemnización por daños y perjuicios son compatibles<sup>28</sup>, dado que el fundamento de ambas pretensiones es distinto: en la primera es ajustar el precio al menor valor que tiene el producto defectuoso y, en la segunda, se indemnizan los daños económicos que eso pueda suponer al entorno digital del consumidor.

#### 4. La resolución del contrato.

La resolución contractual, al igual que la reducción del precio, es un remedio de segundo orden que procede, subsidiariamente, a la puesta en conformidad, salvo aquellos supuestos en que se justifique su aplicación inmediata como sería que la falta de conformidad no sea de escasa importancia o que se haya incumplido el plazo de entrega estipulado entre las partes con carácter esencial. No obstante, si la contraprestación del contrato consiste en datos personales, es irrelevante el grado de importancia de la falta de conformidad, de forma que, aunque ésta sea mínima, procederá la resolución contractual.

27 Por ejemplo, sería el caso de determinados defectos de una App que contiene menos prestaciones que las contratadas, pero que siguen satisfaciendo los intereses del consumidor o contenidos de música o vídeo que presenten una calidad inferior a la anunciada (resolución 4k en lugar de 8k), pero que satisfacen igualmente los deseos del consumidor o usuario.

28 Vid. en este sentido el art. 117.1 TRLGDCU.

Para que proceda la resolución contractual, el consumidor o usuario deberá realizar una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato (art. 119 ter.I TRLGDCU).

Tras la resolución del contrato, surge la obligación para el consumidor de no utilizar los contenidos o servicios digitales ni de ponerlos a disposición de terceros. Además, en el caso de que éstos se hayan suministrado en un soporte material, el consumidor o usuario, a expensas del empresario, deberá devolver el referido soporte material sin demora indebida.

Por su parte, el empresario deberá reembolsar al consumidor o usuario todos los importes pagados con arreglo al contrato. No obstante, pueden existir casos de resolución parcial, esto es, donde el empresario deberá restituir únicamente aquellas que corresponden al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fueron conformes, así como todas aquellas cantidades que el consumidor o usuario haya satisfecho como pago a cuenta de cualquier período restante del contrato en caso de que no hubiese sido resuelto<sup>29</sup>. Ahora bien, esta resolución parcial solo cabe en aquellos supuestos en los que la contraprestación consista en el pago de una cantidad de dinero.

## V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

Es cierto que la normativa de consumo y de protección de datos ha establecido reglas favorables a los consumidores y usuarios en el ámbito digital, y el propósito de reforzar su protección, en parte, se ha cumplido. Sin embargo, es cierto que no estamos ante una regulación pormenorizada de los contratos de contenidos y servicios digitales, de manera el silencio de los textos normativos en algunos aspectos del contrato, unido a la confluencia de varias normas hace que nos encontremos con situaciones problemáticas e, incluso, contradictorias. A continuación, se exponen dos de los problemas que, desde mi punto de vista, más interés pueden despertar en la doctrina y que, a buen seguro, no pasarán desapercibidos por los tribunales.

### I. El desistimiento unilateral del consumidor derivado del principio de libre revocación del consentimiento al tratamiento de sus datos personales.

Como ya se ha señalado anteriormente<sup>30</sup>, uno de los problemas que surge en relación con los contratos de contenidos y servicios digitales cuando la contraprestación consiste en la cesión de datos personales por parte del consumidor o usuario es la contradicción entre la obligación de ceder los datos

<sup>29</sup> Vid. en este sentido el art. 119 ter.5 a).

<sup>30</sup> Vid. en este sentido, el apartado 2.

personales y aceptación del tratamiento de los mismos, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD.

Este ha sido uno de los problemas más debatidos por la doctrina<sup>31</sup>, especialmente en lo que refería a las consecuencias posteriores al contrato. Sin embargo, la revocación del consentimiento no afecta a la validez del contrato<sup>32</sup>. En cualquier caso, el legislador español, consciente de la situación ha previsto la solución para el caso de que el consumidor decida retirar su consentimiento. En este sentido, el art. 119 ter. 7 TRLGDCU permite al empresario, en el referido caso, resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. Además, el ejercicio de estos derechos por el consumidor no supondrá, en ningún caso, el pago de penalización alguna a su cargo. De esta forma, la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales no implica la revocación del consentimiento contractual, pero sí que se faculta al empresario a resolver el contrato.

Ahora bien, el carácter revocable del consentimiento supone dejar sin efecto la amplia excepción al desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales prevista en el art. 103, letras a) y m) TRLGDCU, dado que el consumidor titular de los datos siempre podría desvincularse del contrato revocando su consentimiento al tratamiento, por lo que gozaría de un derecho de desistimiento unilateral "ad nutum sine die" respecto del propio vínculo contractual que no tendría el consumidor que ha abonado una contraprestación dineraria<sup>33</sup>.

Por su parte, se advierte de que la revocación del consentimiento confronta claramente con el art. 1.256 CC, según el cual la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, en la medida en que el cumplimiento de una parte del contrato queda al arbitrio de uno de los contratantes (el titular de los datos)<sup>34</sup>.

## 2. La problemática derivada de la facultad del empresario de resolver el contrato.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, el consumidor o usuario tiene derecho a revocar su consentimiento al tratamiento de datos personales de acuerdo con el art. 7.3 RGPD. En consecuencia, el TRLGDCU ha establecido en su

31 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; MARTÍNEZ VALENCOSO, L.M. Y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit.; DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61; METZGER, A.: "Un modelo de mercado", cit.

32 METZGER, A.: "Un modelo de mercado", cit., p.129.

33 GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección", cit. p.190.

34 Vid. en este sentido GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección", cit. p. 191.

art. 119 ter. 7 una regla en favor del empresario: le otorga la facultad de resolver el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte.

Ahora bien, la cuestión estriba en si, teniendo en cuenta el principio de libre revocación del consentimiento consagrado en el RGPD, el derecho nacional puede adoptar una norma de estas características. Es evidente que una norma sobre los efectos del contrato de suministro no puede coartar, eliminar ni restringir el derecho de todo interesado a revocar su consentimiento al tratamiento de los datos personales, pues esta libre revocabilidad —esencia del derecho fundamental a la protección de datos personales— está garantizada por el RGPD (arts. 7.3, 7.4 y 4.11, y art. 21 sobre oposición), que en todo caso prevalece sobre la Directiva (arts. 3.7, 3.8 y 16.2) (58) y su transposición en los Derechos nacionales<sup>35</sup>.

Por tanto, si el rasgo esencial de la revocación del consentimiento es la libertad para hacerlo, cabe preguntarse si el consumidor es realmente libre de revocar su consentimiento al tratamiento de los datos personales cuando conoce que ello supone el nacimiento de un derecho a favor del empresario: que es resolver el contrato.

En todo caso, habrá que esperar a cómo los tribunales resuelven esta cuestión y, por ende, aplican el Derecho común, en particular el art. 1124 del Código Civil, cuando estemos ante un incumplimiento de la prestación a cargo del consumidor o usuario como es la retirada del consentimiento al tratamiento de sus datos personales.

Una de las soluciones que se han propuesto hasta el momento por la doctrina más autorizada y que, bajo mi punto de vista, es totalmente acertada es considerar que más que una auténtica resolución, lo que el legislador ha querido introducir es un derecho del empresario a desistir lícita y unilateralmente del contrato ante unas nuevas circunstancias que pueden hacer económicamente contraproducente para él el mantenimiento del contrato<sup>36</sup>. No obstante, lo que está claro es que el ejercicio de estos derechos por el consumidor no le supondrá el pago de penalización alguna.

35 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. 9881, pp. 23-24.

36 CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un primer balance de las novedades", cit. p. 24.

## BIBLIOGRAFÍA

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.

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.

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. 9881.

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", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4.

ESPÍN ALBA, I.: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el Mercado Único Digital", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 104.

GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (Dir. por E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020.

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*, 2020, 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.

METZGER, A.: “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020.

PLANA ARNALDOS, M.C.: “Los datos personales como contraprestación”, en AA.VV.: *Protección de Datos personales* (coord. por I. González Pacanowska), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

ROSELLÓ, F.M.: “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, núm. 303.

