

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR
EN LA PRECOMPRA O SUMINISTRO ANTICIPADO DE
CONTENIDOS DIGITALES

*THE CONSUMER'S RIGHT OF WITHDRAWAL IN THE PRE-
PURCHASE OR ADVANCE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1448-1465



Alejandro
ZORNOZA
SOMOLINOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La precompra, o suministro anticipado de contenidos digitales, es la práctica por la cual el consumidor adquiere, a cambio de precio, un archivo con contenido digital bloqueado y al que no podrá acceder hasta que se cumpla una condición de pendency, que por lo general será la llegada de la fecha oficial de lanzamiento del producto. En el contexto del suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, el legislador concede al empresario la facultad de exceptuar el derecho de desistimiento del usuario con la finalidad de proteger los derechos de autor y los intereses legítimos de terceros. A la luz de las prácticas de mercado, este trabajo analiza si esta excepción debe estar al servicio del empresario también en los supuestos de suministro anticipado, aun cuando el riesgo de acceso al contenido ya no sirve para fundamentar dicha excepción.

PALABRAS CLAVE: Contenido digital, compra anticipada, derecho de desistimiento, comercio electrónico, consumidor.

ABSTRACT: *The pre-order of digital content is the practice whereby the user acquires digital content in exchange for a price, but will not be able to enjoy it until a condition of pendency is met, generally the official release date. In the context of the supply of digital content, the lawmaker grants the entrepreneur the power to exempt the user's right of withdrawal in order to protect copyright and the legitimate interests of third parties. In the light of market practice, this paper examines whether this exception should also be available to the entrepreneur in cases of advance supply, even if the risk of access to the content no longer serves as a basis.*

KEY WORDS: *Digital content, pre-order, right of withdrawal, e-commerce, consumer.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO: LOS CONSUMIDORES ALEMANES CONTRA NINTENDO. III. EL MARCO JURÍDICO DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES. IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES. V. EL DESISTIMIENTO EN LA PRECOMPRA O SUMINISTRO ANTICIPADO DE CONTENIDOS DIGITALES SIN SOPORTE MATERIAL VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico suele identificarse con la práctica de comprar bienes o contratar servicios a través de Internet, siendo que esos bienes o servicios tienen después una representación y existencia en el mundo físico. Sin embargo, desde hace más de una década, la legislación comunitaria en materia de protección de los consumidores ha reservado una serie de disposiciones para aquellos contratos o servicios que, además de formarse de manera electrónica, también se ejecutan de manera virtual, de modo que lo que el consumidor o usuario recibe como contraprestación es un contenido digital sin soporte material o un servicio digital.

La reciente aprobación y entrada en vigor de una serie de Directivas comunitarias (a saber, la Directiva 2019/2161 sobre la mejora y la modernización de las normas de protección de los consumidores,¹ la Directiva 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales,² y la Directiva 2019/771 sobre los contratos de compraventa de bienes con contenido digital,³ en adelante y respectivamente, D. 2019/2161, D. 2019/770 y D. 2019/771) viene a reafirmar la importancia de los contenidos digitales para el comercio electrónico.

Junto a las nuevas normas de mercado y protección de los consumidores, las Directivas traen también la reformulación de viejos conceptos y el fortalecimiento

- 1 Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, DOUE L 328, 18.12.2019, pp. 7–28.
- 2 Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136, 22.5.2019, pp. 1–27.
- 3 Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DOUE L 136, 22.5.2019, pp. 28–50.

• **Alejandro Zornoza Somolinos**
Profesor de Derecho Mercantil
UCAM Universidad Católica de Murcia
azornoza@ucam.edu

de determinadas garantías y derechos, especialmente, y en lo que aquí interesa, los que se refieren a la conformidad de los contenidos digitales y al derecho de desistimiento.

Entre las empresas dedicadas al suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material (plataformas digitales de libros, cine, música o juegos, por ejemplo) se ha popularizado la práctica de la venta anticipada, según la cual, después de abonar el precio, el consumidor recibe los contenidos digitales, pero no podrá tener acceso a ellos hasta que se produzca un determinado evento que, generalmente, será la llegada del día del lanzamiento al mercado del producto.

En relación al suministro de contenidos digitales, y a favor del consumidor, se articula un derecho de desistimiento que le otorga la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, pero, al mismo tiempo, se concede al empresario la posibilidad de establecer una excepción que le permite evitar que el derecho de desistimiento del consumidor llegue a nacer.

Este trabajo, que tiene por objeto el estudio del fundamento de la excepción del derecho de desistimiento en los contratos de suministro anticipado de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, se expone como sigue: en primer lugar, se comenta la Sentencia de 6 de diciembre de 2019, del Tribunal de Primera Instancia de Frankfurt,⁴ sobre la posibilidad de la empresa de exceptuar el derecho de desistimiento en los contratos de suministro anticipado de contenidos digitales. A continuación, se analiza la naturaleza jurídica de los contenidos digitales, el fundamento del derecho de desistimiento del consumidor y la facultad del empresario de disponer de éste en determinados casos y, en particular, la posibilidad de que exista la potestad de exceptuar el derecho de desistimiento en los casos de suministro anticipado de contenido digital cuando éste no se preste en soporte material.

En otro orden, anotar que este estudio se centra en el suministro de contenidos digitales cuando la prestación es única (es decir, un único acto de suministro, y no cuando consiste en una serie de actos puntuales de suministro o en un suministro continuado a lo largo de un periodo de tiempo -que no requiere, por otro lado, que ese periodo de tiempo sea largo) y siempre a cambio de precio.⁵ Debido a que la materia de protección de los consumidores está fuertemente armonizada, y para facilitar que quien se acerque a esta lectura pueda realizar estudios más

4 LG Frankfurt am Main, Urteil vom 6 Dezember 2019 (2-03 O 95/19).

5 La D. 2019/770 también regula la práctica comercial por la cual el empresario suministra contenidos digitales, pero no a cambio de un precio, sino a cambio de que el usuario le facilite datos personales. Para un estudio sobre esta disciplina: MARTÍNEZ CALVO, J: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret*, vol. 4, 2021, pp. 88-135.

concretos sobre su propia legislación nacional, las referencias normativas se hacen a las Directivas europeas, por regla general.

II. EL CASO: LOS CONSUMIDORES ALEMANES CONTRA NINTENDO

Al igual que otras empresas de videojuegos, la empresa Nintendo ofrece a sus jugadores una tienda electrónica (la Nintendo eShop) en la que pueden adquirir nuevos títulos en formato digital sin soporte material. De esta manera, el jugador puede prescindir de los convencionales juegos en discos físicos y descargar directamente los juegos en su dispositivo, instalándolos y ejecutándolos para poder jugar.

Haciendo uso de la excepción al derecho de desistimiento para contenidos digitales que no se suministran en soporte material (para el caso de autos, siguiendo la configuración que tenía la excepción antes de la entrada en vigor de la D. 2019/2161), Nintendo informaba a sus clientes de que la adquisición de los juegos en esa modalidad requería de la renuncia, por parte del usuario, a su derecho de desistimiento, práctica que es perfectamente legal si se observan los requisitos previstos por el legislador.

El conflicto nace cuando Nintendo hace renunciar al derecho de desistimiento también en los procesos de adquisición anticipada, de modo que aquellos usuarios que habían adquirido un juego antes de su fecha oficial de salida, pero, por cualquier razón, habían perdido el interés en tenerlo cuando estuviera disponible, descubrían que estaban impedidos de desistir del contrato.

Mientras que otras empresas del ramo permiten el desistimiento antes de que se produzca el lanzamiento oficial del juego, para Nintendo la venta anticipada tiene un claro valor estratégico y económico al que no tiene intención de renunciar.

En el sector de los videojuegos, la valoración que den los jugadores a un título en los días siguientes a su lanzamiento afecta de manera considerable al volumen de ventas de ese título. Partiendo de la base de que una de las consecuencias del derecho de desistimiento es la devolución al consumidor de las cantidades abonadas por el producto, exceptuar el derecho de desistimiento en la venta anticipada garantiza a Nintendo una serie de ingresos que no tendrá que devolver, cualquiera que sea el resultado de las ventas.

A principios de 2018, el Consejo de Consumidores Noruego (*Forbrukerrådet*) expresó su preocupación por esta práctica al considerar que Nintendo violentaba los derechos de los consumidores europeos, entendiendo que la venta anticipada no despliega efectos hasta que el consumidor tiene acceso al contenido digital y,

por tanto, debe poder desistir de su pretensión antes de que llegue el término fijado.

Finalmente, fue la Federación de Organizaciones de Consumidores Alemanes (*Verbraucherzentrale Bundesverband* o VZBV, desde ahora) la que presentó la demanda contra Nintendo atribuyéndose los mismos argumentos que el organismo noruego. Nintendo, por su parte, se acogió a la excepción al derecho de desistimiento alegando que el contrato quedaba ejecutado en el momento en que el consumidor pagaba el precio y recibía a cambio una versión precargada del juego, por lo que no estaba obligado a modificar sus políticas de suministro de contenidos digitales.

El 6 de diciembre de 2019, el Tribunal regional civil de Frankfurt resolvía, en primera instancia, el conflicto planteado por la VZBV fallando a favor de Nintendo. El Tribunal considera que, en efecto, el contrato de venta anticipada se entiende realizado en el momento en que el juego se descarga en el dispositivo del consumidor⁶ y que, habiéndose respetado los requisitos que permiten exceptuar con garantías el derecho de desistimiento, no cabe observar conducta abusiva por parte de Nintendo.⁷

La resolución fue recurrida en apelación por VZBV, pendiente de resolución a fecha de estas líneas.

III. EL MARCO JURÍDICO DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Las relaciones de consumo, aquellas que nacen entre un empresario y un consumidor, están sustentadas por obligaciones de dar (entrega de bienes) u obligaciones de hacer (prestación de servicios). En ocasiones se da una combinación de ambas, pero esto, creo, cubre todo el asunto.

No obstante, la clasificación de una determinada actividad empresarial como mera actividad de dar o hacer no siempre resulta sencilla, especialmente cuando nos encontramos ante actividades que quedan fuera de los contratos típicos.

El suministro de contenido digital, cuando no se presta en un soporte material, es una de esas relaciones contractuales atípicas cuya naturaleza jurídica, a pesar

6 LG Frankfurt am Main (2-03 O 95/19), p. 10: *“Die von der Beklagten zur Verfügung gestellten „Downloads“ stellen indes entgegen der Rechtsauffassung des Klägers einen „Beginn der Ausführung“ dar.”*

7 LG Frankfurt am Main (2-03 O 95/19), p. 13: *“Die Beklagte macht die Verbraucher während der Bewerbung ihrer „Pre-Order“-Produkte und insbesondere bei Vertragsschluss unmissverständlich darauf aufmerksam, dass das erworbene Spiel erst zum Veröffentlichungsdatum spielbar wird. Schon der Begriff „Pre-Order“ kann in einschlägigen Kreisen als Hinweis draufverstanden werden, dass noch kein unmittelbar spielbares Spiel Gegenstand der Vertragsvereinbarung sein soll. Etwaige Zweifel daran räumt die Beklagte durch deutlich erkennbare Hinweise darauf während des Bestellvorgangs aus”.*

de la relevancia que tiene el conocer el tipo contractual que se maneja en cada momento, no ha sido aclarada por el legislador.⁸

El suministro de contenido digital que no se presta en un soporte material (y al que me referiré simplemente como “suministro de contenido digital”, por economía del lenguaje y porque el contenido que se presta en soporte material no es objeto de este trabajo, por lo que no habrá confusión) puede concebirse, bien como la entrega de un contenido digital (cesión de uso por medio de la licencia correspondiente) o bien como la prestación de un servicio de suministro.

Sin perjuicio de la notoriedad que las Directivas 2019/770 y 2019/771 han conferido a los contenidos digitales en los últimos años, lo cierto es que éstos no resultan en absoluto novedosos para los ordenamientos europeos.

El concepto de contenido digital ya lo encontrábamos en el art. 2.II de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores (en adelante, D. 2011/83)⁹ que lo define como aquellos datos producidos y suministrados en formato digital. El artículo resulta más clarificador¹⁰ cuando se lee conjuntamente con el Considerando 19 de la propia Directiva, que apostilla que son contenido digital los “programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios”, así como los servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento en nube de contenidos digitales.

Por su parte, y aunque la D. 2019/770 no altera en absoluto esta definición, sí que la complementa con la introducción del concepto de “servicio digital”, entendiendo por tal: a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) 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.

A pesar de las dos Directivas, la naturaleza jurídica del contrato sobre contenidos digitales no ha sido nunca determinada por el legislador comunitario.

8 También en esta línea CÁMARA LAPUENTE, S: “Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, (Dir. Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urriza, Juan Pablo Murga Fernández, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 24).

9 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 304, 22.II.2011, pp. 64–88.

10 Muy a pesar de, cómo indica GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, en AA.VV., *Tratado de la compraventa* (Dir. CARRASCO PERERA, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 129-139, lo incorrecto de la definición y de los ejemplos.

Ya en su momento, el Considerando 19 de la D. 2011/83 señalaba que "(...) los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios".

Cabía esperar que la D. 2019/770, que hace las veces de ley especial respecto de la D. 2011/83, aclarase la naturaleza de estos contratos y, sin embargo, sostiene que "la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional" (Considerando 12 de la D. 2019/770).

En el Derecho nacional español tampoco se va a encontrar una solución a la disyuntiva: bajo el Título "Contratos con los consumidores y usuarios", se introduce en el art. 59 bis del Real Decreto Legislativo 1/2007 de protección de los consumidores (RDL 1/2007, en adelante)¹¹ los conceptos de "contenido" y "servicio digital", reproduciendo el literal antes expuesto que les da la D. 2019/770, y se modifica el concepto de contrato de servicios, que ahora pasa a ser "todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa (...) en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital".

Así las cosas, tras la lectura del RDL 1/2007 caben dos posturas: o considerar que todo suministro de contenido digital constituye un contrato de servicios o, como apuntan algunos autores, considerar que los contratos de suministro de contenidos han quedado sin tipificar y que sólo los contratos cuyo objeto sea un servicio digital entran en la categoría de contrato de servicios.¹²

Esta última parece la interpretación más adecuada, no sólo en base a la letra del texto, sino también con respecto a la regulación de los contratos de suministro de contenidos, cuya atipicidad les hace estar más próximos a la naturaleza jurídica de la compraventa (art. 1445 del Código Civil) que a la prestación de servicios, pues existe un precio cierto y una *traditio* (si quiera una *traditio* digital, aunque, en aras de la exactitud, lo que se traslada es un derecho de uso en base a una licencia sobre el contenido digital conceptualizado como obra, y no la propiedad de la misma).

11 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, pp. 49181 - 49215.

12 SÁNCHEZ LERÍA, R: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret*, vol. 4, 2021, p. 43. También APARICIO VAQUERO, J.P. "La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo", *Revista de Educación y Derecho*, núm. 24, 2021, p. 6, que apunta que, mientras que en la noción de suministro contenido digital lo relevante es la forma en que se suministra el contenido al consumidor, en la noción de servicio se incluyen también los casos en que es el consumidor el que crea, sube o comparte dichos contenidos.

Sea como fuere, la clasificación del suministro de contenidos digitales como una obligación de dar o de hacer sólo tendrá relevancia cuando, en caso de conflicto, corresponda adoptar un régimen jurídico supletorio en consideración de la naturaleza de la obligación a la que se refiere el caso concreto, pues la D. 2019/770 ha establecido una equivalencia de requisitos de conformidad y cumplimiento entre los contratos de entrega de bienes y de prestación de servicios.

IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

El derecho de desistimiento se configura como la garantía del consumidor ante el riesgo de la decepción. Es la facultad discrecional concedida al consumidor para poder dejar sin efecto el contrato celebrado con el empresario, sin sanción aparejada y siempre en observancia de las reglas legalmente previstas.¹³

El Considerando 37 de la D. 2011/83 afirma, sin vacilación, que el consumidor debe disponer de un derecho a desistir de los contratos celebrados electrónicamente, ya que no tiene ocasión de examinar, probar e inspeccionar los bienes como sí lo haría en el comercio convencional.

Aunque el derecho de desistimiento ya estaba contemplado en el ordenamiento europeo antes de esta Directiva, existían diferencias en los plazos que manejaban las legislaciones nacionales. El art. 9 de la D. 2011/83 armonizó este derecho, fijando un plazo de catorce días para su ejercicio a contar a partir del día de la celebración del contrato para los contratos de servicios, y a partir del día en que se adquiriera la posesión material del bien en los casos de contratos de venta.

El legislador comunitario, consciente de que existen determinados productos o servicios que pueden generar un perjuicio, tanto a los intereses del empresario como a los intereses legítimos de terceros, si el consumidor pudiese ejercitar indiscriminadamente el derecho de desistimiento, estableció una serie de contratos para los cuáles el empresario dispone de la facultad de exceptuar el derecho a desistir del consumidor¹⁴ y, entre ellos, se encuentra el suministro de contenidos digitales.

13 Así lo establece el art. 9 de la D. 2011/83: "(...) el consumidor dispondrá de un periodo de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste (...)".

14 Art. 13 de la D. 2011/83: "Los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran a: a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, y si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor o usuario y con el conocimiento por su parte de que, una vez que el empresario haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento. b) el suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el comerciante no pueda controlar y que puedan producirse durante el período

Cuando el contenido es suministrado digitalmente, el empresario no siempre puede saber si el consumidor que ejerce el derecho de desistimiento ha accedido ya a dicho contenido. De ser así, el consumidor malintencionado podría desistir del contrato después de haber disfrutado del contenido, o incluso haber realizado una copia del mismo, y se estaría generando un doble perjuicio: uno, de naturaleza patrimonial al empresario, que deberá devolver las cantidades entregadas por el producto,¹⁵ y otro moral, que afectará a los titulares de los derechos de autor no patrimoniales.

Por ello, el legislador permite al empresario exceptuar el derecho de desistimiento del consumidor aun cuando éste no ha tenido la posibilidad de examinar el contenido digital antes de desistir, siempre que la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones: (1) que el consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento; (2) que el consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y (3) que el empresario haya proporcionado una confirmación de lo anterior.¹⁶

Cuestión distinta es que una vez examinado el contenido digital éste no resulte de conformidad con lo ofertado. En estos casos, el consumidor tendrá derecho a ejercitar los remedios legalmente previstos y, aquí, la información precontractual que facilite el empresario reviste una importancia capital, pues ello puede dar lugar

de desistimiento; c) el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados; d) el suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez; e) el suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega; f) el suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes; g) el suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar; h) los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento deberá aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales; i) el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega; j) el suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones; k) los contratos celebrados mediante subastas públicas; l) el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos”.

- 15 Por aplicación del régimen general de devoluciones, el consumidor debería devolver al empresario el contenido que éste le ha suministrado digitalmente, pero, dada la dificultad de esta tarea, lo que se suele hacer en la práctica es impedir remotamente el acceso del usuario al contenido, por parte del empresario.
- 16 Curiosamente, el legislador comunitario dejó constancia de su voluntad de que el derecho de desistimiento para el suministro de contenido digital quedase sometido a estas tres condiciones (Considerando 19 de la Directiva 2011: “En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento”), y sin embargo no las incluyó en la redacción del art. 16.

a que el derecho de desistimiento nazca para el consumidor incluso después de haber tenido acceso al contenido.

V. EL DESISTIMIENTO EN LA PRECOMPRA O SUMINISTRO ANTICIPADO DE CONTENIDOS DIGITALES SIN SOPORTE MATERIAL

En los últimos años, en el sector de la tecnología y, especialmente, en el de los videojuegos y sus dispositivos, se ha popularizado la práctica de la *pre-order*, por la cual el consumidor paga el precio del producto antes de que se ponga a la venta, garantizándose, de este modo, la reserva de una unidad.

Para el consumidor, la *pre-order* cumple un doble objetivo: por un lado, se trata de una forma de anticiparse a la eventual falta de existencias cuando el producto en cuestión es muy popular y, por otro, le permite participar en una suerte de carrera contra otros consumidores por ser de los primeros en poder disfrutarlo.

Esta misma práctica se ha extendido al suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, de modo que el consumidor puede adquirir el contenido digital antes de que sea puesto a disposición del público general. A diferencia de la *pre-order* convencional, en la que el consumidor no recibirá el producto hasta que se ponga a la venta, en la *pre-order* digital el consumidor recibe, en el momento de la compra, un archivo con el contenido digital bloqueado, y el empresario no le permitirá el acceso hasta que se alcance una fecha concreta o se produzca un determinado evento fijado en el contrato (que por lo general será la fecha de lanzamiento del producto).

Debido a la naturaleza digital del contenido, no hay riesgo de que el productor se quede sin existencias, por lo que la *pre-order* gana atractivo para el usuario en la posibilidad de ser de los primeros en consumir el contenido, evitando una ralentización en los tiempos de descarga el día del lanzamiento del producto.

Téngase en cuenta que, para poder ejecutar ciertos contenidos digitales, es necesario descargar e instalar el contenido en un dispositivo concreto y, en función del tráfico de red y del tamaño del archivo, este proceso puede demorarse por periodos considerables de tiempo (o quizás no sean tan considerables, pero sin duda son claramente fastidiosos para quien es aficionado).

Así, el consumidor adquiere (en ocasiones, varios meses antes) una versión precargada de los contenidos digitales a los que sólo se le facilitará el acceso cuando llegue el evento o término contractualmente fijado, pero para ese momento ya se habrá evitado posibles retrasos en la descarga y ya tendrá realizado el proceso de instalación.

A raíz del caso Nintendo, comentado al principio de este trabajo, la cuestión que aquí se plantea es la de si, antes de que llegue el fin del término de pendencia, existe la posibilidad de excepcionar el derecho de desistimiento de los contenidos digitales suministrados anticipadamente. Y la cuestión no es trivial, pues obliga a poner sobre la mesa lo antedicho sobre la naturaleza jurídica del suministro de contenidos digitales y la fundamentación del derecho de desistimiento.

Antes de profundizar en la cuestión, debe hacerse una aclaración terminológica: en nuestra lengua, la *pre-order* se ha traducido con la equívoca expresión de precompra o prerreserva, pero en realidad no se trata ni de una cosa ni de la otra: el empresario pone a disposición del consumidor un contenido digital cuando éste abona el precio, con la particularidad de que, aun teniendo un derecho sobre el contenido, no puede todavía ejercerlo.

Así, no hay prerreserva de contenido porque éste ya ha sido transferido, y tampoco hay precompra porque ya se han dado los elementos de pago y *traditio* (si es que terminamos por aplicar supletoriamente el régimen de la compraventa al suministro de contenidos digitales).

El prefijo “pre” antes del término “compra” o “reserva” puede hacer pensar que estamos ante un precontrato, pero en este contexto ni la precompra ni la prerreserva pueden construirse teóricamente como una auténtica figura precontractual, sino que son más bien un desacierto del conceptualismo jurídico.

El precontrato (o así los actos preparatorios) requiere que las partes celebren en un futuro un nuevo contrato, pero en esta mal llamada precompra, o prerreserva, ya han concurrido la oferta, su aceptación y la entrega, quedando pendiente únicamente la liberación del contenido digital por parte del empresario, por lo que se puede afirmar que, primero, estamos ante una auténtica relación contractual en la que empresario y consumidor se encuentran inmersos, aunque sea de forma debilitada, y segundo, que estamos ante un contrato de suministro de contenido (o de servicio, según la postura de cada cual) que ya se está prestando.

En cualquier caso, y realizadas las precisiones anteriores, por lo popularizado de la expresión nos referiremos a esta práctica como “precompra”.

Habiendo determinado que la precompra es un contrato de consumo, el régimen general nos permite afirmar que el consumidor está en disposición de ejercitar su derecho de desistimiento, siempre y cuando éste no haya sido exceptuado por el empresario. Pero resulta que, a diferencia de los contratos de dar o hacer, para los que las reglas del momento de ejecución están claras, ya sean de prestación inmediata o de tracto sucesivo, en el caso de la precompra estamos ante un negocio jurídico a término (art. 1125 Cc: “las obligaciones para

cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue”).

Si lo que está sometido a término es el negocio o lo es su ejecución, es una cuestión abierta a debate.

Por un lado, puede considerarse que la obligación no es exigible hasta que se alcance el término fijado, por lo que en realidad no existe una verdadera obligación para las partes, sino sólo una fase preparatoria de la misma. Desde esta perspectiva (para la que el término es un término de eficacia), si durante la pendencia el acreedor no puede pedir ni reclamar nada, no puede hablarse de un auténtico derecho de crédito ni de un deber de prestación.

En el caso de la precompra, el consumidor no puede exigir nada del empresario hasta que llegue el término, y asume el riesgo de que incluso el contrato se haya celebrado sobre una falta de objeto: hasta el *dies a quo*, el consumidor pasa el tiempo en la absoluta incerteza de saber si lo que se le ha suministrado ha sido, efectivamente, el contenido digital por el que pagó el precio, o si se trata de un archivo vacío. Si llegado el momento de liberar el contenido éste no existe o no se ajusta a lo convenido, entonces el contrato podrá resolverse o remediarse, según las disposiciones aplicables. En realidad, el consumidor está abonando el precio de una expectativa de derecho.

Por otro lado, si se considera el término como un término de ejecución, el negocio jurídico y los derechos que éste genera nacen en el momento de su celebración, pero el ejercicio queda dilatado en el tiempo hasta que llegue el término, que opera como presupuesto del ejercicio del derecho del consumidor, no como requisito de su nacimiento.¹⁷ A diferencia del caso anterior, aquí el consumidor adquiere una expectativa de ejercicio del derecho ya nacido.

Pero, en cualquier caso, sostengo que lo que no nace bajo ninguna circunstancia es la facultad del empresario de impedir al consumidor ejercer su derecho a desistir antes de la llegada del término.

Debido a que el usuario no puede acceder al contenido digital, el riesgo que en condiciones normales garantizaría la excepción, aquí ha desaparecido, por lo que, a la pregunta de si cabe exceptuar el derecho de desistimiento en un proceso de precompra antes de alcanzarse el término, la respuesta es no.

¹⁷ En esta línea, sobre la consideración del término como fundamento de la ejecución, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 369 y ss; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2004, pp. 735 y ss.

En apoyo a la tesis de TAPIA HERRERO,¹⁸ el derecho de desistimiento ya no queda limitado a los fundamentos originarios –la existencia de una segunda oportunidad para reevaluar la contratación- sino que deben atenderse otros elementos de contenido económico, y el suministro de contenidos digitales es el escenario idóneo para poner en valor que los mercados de consumo no pueden quedar supeditados a la protección exclusiva del consumidor, sino que son fuertemente dependientes de la competitividad de las empresas.

Sobre el momento en que se comprende realizada la prestación por parte del empresario, el art. 5 de la D. 2019/770 dispone que el empresario suministrará los contenidos o servicios digitales al consumidor sin demora indebida tras la celebración del contrato, salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo. En concreto, el empresario deberá haber cumplido con su obligación de suministrar el contenido cuando éste sea puesto a disposición del consumidor o sea accesible para él o para su instalación virtual.

Por la propia naturaleza del contenido digital sin soporte material, la puesta a disposición debería ser inmediata, y si bien en el caso de la precompra lo que se pone sin demora a disposición del consumidor es un archivo a cuyo contenido digital no puede acceder por el momento, se debe considerar que el contenido será conforme cuando llegue el día. En caso contrario, la Directiva concede al empresario una segunda oportunidad de cumplir con su obligación, pues el usuario podrá exigir al empresario el suministro de los contenidos y, ante un nuevo incumplimiento, podrá resolver el contrato.

En la precompra, el empresario sólo podrá disponer de la facultad de exceptuar el derecho de desistimiento cuando se haya liberado el contenido o cuando el usuario haya tenido acceso a él, pero nunca antes de que haya nacido el riesgo para los intereses legítimos que se quieren proteger. Así, el empresario podrá adoptar la postura de entender que el contrato se ejecuta en el momento de realizar la descarga, de modo que el consumidor dispone de catorce días para desistir la compra, con independencia de cuándo sea la fecha de liberación del contenido (art. 9.2.c de la D. 2011/83, el plazo comienza a contar el día en que se celebra el contrato) o entender que el contrato no nace hasta el *dies a quo*, en cuyo caso el consumidor podrá desistir de la compra hasta el momento inmediatamente anterior a que se le facilite el acceso al contenido, siendo irrelevante el tiempo que falte a contar desde el momento de la descarga.

Personalmente, considero que la forma adecuada de concebir la precompra es como un contrato sometido a término de ejecución, es decir, que la relación

18 TAPIA HERRERO, I: “Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 43, 2021, p. 72.

obligatoria nace en el momento en que el empresario pone a disposición del consumidor el contenido digital, aunque éste no pueda acceder a él. En el periodo que media entre la celebración del contrato y la llegada del *dies* los derechos del consumidor existen, aunque no puedan ser ejercitados, y durante el periodo que dura el término suspensivo, el empresario sigue obligado a garantizar que, llegado el momento, el contenido digital se encontrará debidamente suministrado y será accesible para el consumidor en los términos acordados y con base en los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad del contenido (arts. 7, 8 y 9 de la D. 2019/770).

Con todo lo expuesto hasta aquí, y aplicándolo al caso Nintendo que abre este trabajo, se puede afirmar que el Tribunal de Frankfurt acierta en sus consideraciones sobre el momento de ejecución del contrato (cuando el contenido es puesto a disposición del consumidor, aunque no pueda consumirlo), pero también que se alcanza un resultado injusto al arrebatarle al consumidor la posibilidad de desistir, y ello por no profundizar sobre la naturaleza del derecho de desistimiento y limitarse a afirmar que, realizadas las advertencias adecuadas al consumidor, no hay razón para declarar abusiva la excepción.

En realidad, el ejercicio de control de abusividad que cabía esperar del Tribunal no era el de observar si se daban o no los presupuestos objetivos para exceptuar el derecho de desistimiento, sino valorar si dichos presupuestos seguían siendo válidos cuando ya no existía riesgo para los bienes e intereses legítimos que se querían proteger.

VI. CONCLUSIONES

El derecho de desistimiento es una facultad conferida al consumidor por medio de la cual puede dejar sin efecto un contrato. Aunque se trata de una anomalía respecto del principio *pacta sunt servanda*, es posible amparar su existencia en la posición desigual que en muchas ocasiones tiene el consumidor frente al empresario.

Pero, si hay un ámbito en el que el derecho de desistimiento queda plenamente justificado, éste es el del comercio electrónico, en el cual el consumidor no puede verificar la calidad ni la aptitud del producto o servicio hasta que lo recibe.

El derecho de desistimiento, sin embargo, está lejos de ser absoluto. El legislador comunitario ha procurado establecer un equilibrio entre el derecho a desistir y el correcto funcionamiento del mercado. Para ello, se prevén una serie de supuestos en los que el derecho de desistimiento puede ser exceptuado por voluntad del empresario, de tal modo que las garantías de una de las partes no lo

sean en detrimento de la situación de la otra. Entre estos supuestos se encuentra el suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material. Su razón de estar en este catálogo es clara: la protección de los intereses del empresario y de los derechos de autor e intereses legítimos de terceros. Para evitar que el consumidor acceda a los contenidos digitales y, después de disfrutarlos o copiarlos, desista del contrato, con su correspondiente devolución de las cantidades, el empresario puede hacer depender el suministro de contenidos de la declaración expresa por parte del consumidor de renunciar a su derecho de desistimiento.

En cuanto al suministro de contenidos digitales, no cabe duda de que se está ante un contrato atípico: la D. 2011/83 impide que se apliquen a estos contratos las reglas de la venta o de la prestación de servicios. Dado que toda obligación consiste en dar (régimen de compraventa, incluso con carácter subsidiario) o hacer (prestación de servicios), resulta complejo determinar la naturaleza jurídica del suministro de contenidos digitales sino es mediante las reglas de la analogía.

Lejos de solucionar este intrincado que, por derivación de la D. 2019/770, corresponde al legislador nacional, el legislador español ha entrado a regular únicamente los servicios digitales, no así los contratos de suministro de contenidos digitales, por lo que se ha considerar que estos contratos no constituyen un servicio digital, sino un contrato de suministro y, por tanto, una obligación de dar que sigue apegada a las reglas de la compraventa: el consumidor entrega un precio cierto a cambio de que le sea transmitido un contenido. De haberse realizado el contrato en un ámbito de comercio convencional, ya sea físico o electrónico, sin duda constituiría una compraventa de bienes de consumo.

A pesar de la diferente naturaleza que existe entre el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios digitales, el legislador comunitario ha establecido un régimen de conformidad y garantías coincidentes entre ambas figuras. En cualquier caso, el suministro de contenidos se entiende realizado cuando el empresario pone a disposición del consumidor, sin demora indebida, los contenidos o la forma de acceder a ellos.

El momento en que se entienda ejecutado el contrato resultará de gran relevancia para determinar si, en los casos de precompra o suministro anticipado de contenidos, los consumidores tienen derecho a desistir del contrato y, si lo tienen, cuándo pueden ejercitar ese derecho, así como para saber si el empresario dispone de la facultad de exceptuar el derecho de desistimiento en estos casos.

La precompra consiste en un suministro de contenidos digitales sujeto a término, de modo que el consumidor puede adquirir los contenidos antes de una fecha cierta pero no puede disfrutarlos hasta que se alcance el término fijado en el contrato.

Si bien puede ejercitarse o exceptuarse el derecho de desistimiento en el suministro de contenidos digitales que no se prestan en soporte material, no hay fundamentación jurídica suficiente que ampare la posibilidad de exceptuar este derecho en los casos de precompra, pues, tanto si el término afecta a la eficacia de la obligación como si afecta a su ejecución, el riesgo que aseguraba la excepción al derecho de desistimiento desaparece desde el momento en que se arrebató al consumidor la posibilidad de acceder al contenido digital.

Como puede verse, respecto del caso Nintendo comentado al comienzo de este trabajo, se considera que el Tribunal interpreta correctamente el momento en que el suministro de contenidos digitales se ha ejecutado, que es cuando el consumidor descarga en su dispositivo el archivo que contiene (o contendrá) el juego pero, sin embargo, yerra en la valoración de la posibilidad de exceptuar el desistimiento: debido a que el consumidor no puede acceder al contenido de Nintendo, ha desaparecido el riesgo de que dicho contenido sea copiado o disfrutado con la intención de desistir después del contrato. Por tanto, si no hay riesgo, no hay razón para mantener la garantía que representa la excepción al derecho de desistimiento, por lo que el consumidor que adquiriera en precompra un juego debería poder desistir de la misma en el plazo de catorce días a contar desde el momento en que se descargó el archivo, aunque no haya tenido la posibilidad de acceder al contenido, sin importar el tiempo que todavía reste hasta la finalización del término.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2004.

APARICIO VAQUERO, J.P. "La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo", *Revista de Educación y Derecho*, núm. 24, 2021, pp. 1-33.

CÁMARA LAPUENTE, S: "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales", en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, (Dir. Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urriza, Juan Pablo Murga Fernández, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 19-55.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. "Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL", en AA.VV., *Tratado de la compraventa* (Dir. Carrasco Perera, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 129-139.

MARTÍNEZ CALVO, J: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret*, vol. 4, 2021, pp. 88-135.

SÁNCHEZ LERÍA, R: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret*, vol. 4, 2021, pp. 33-87.

TAPIA HERRERO, I: "Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 43, 2021, pp. 59-77.