



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: La declaración de voluntad del consumidor destinada a apartarse de los criterios objetivos de conformidad en los contenidos y servicios digitales.

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: Panel 4.

NOMBRE Y APELLIDOS: Mónica García Goldar.

PROFESIÓN: Investigadora Postdoctoral de Derecho Civil.

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Universidad de Santiago de Compostela.

RESUMEN:

La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCD), ha supuesto todo un hito por varias razones, a destacar dos: la primera, porque es el primer cuerpo normativo que regula ampliamente (aunque no íntegramente) el suministro de contenidos y servicios digitales, una materia que hasta aquel momento sólo se había regulado de forma puntual; la segunda, porque resulta aplicable también a los contratos a cambio de datos personales. Pero, como no es oro todo lo que reluce, la DCD también contiene disposiciones más problemáticas como lo es, en nuestra opinión, la posibilidad de que el consumidor declare aceptar apartarse de los criterios objetivos de conformidad.

Los criterios objetivos de conformidad se regulan en el artículo 8 DCD; precepto que exige que los contenidos y servicios digitales: (a) sean aptos para los fines a los que normalmente se destinen los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, (b) presenten la cantidad y poseer la cualidad y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada su naturaleza y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, (c) se suministren con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperara, y (d) sean conformes con la versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios digitales. Además, los contenidos y servicios digitales deberán actualizarse por todo el tiempo que prevea el



contrato de suministro continuo o que el consumidor pueda razonablemente esperar.

Estos criterios objetivos pueden, sin embargo, dejar de ser obligatorios en virtud de aceptación expresa por parte del consumidor. Así lo señala el mismo artículo 8 en su apartado 5º: “no habrá falta de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato”. Esta posibilidad plantea, en nuestra opinión, al menos dos problemas.

El primero es el relativo a la forma en que la aceptación del consumidor se debe llevar a cabo. El artículo 8.5 determina únicamente que la aceptación debe ser “expresa y por separado” pero, ¿cómo se acepta de forma “expresa y por separado” en el contexto digital? El Considerando 49 da algunas claves más de cómo debe interpretarse el precepto: “Con el fin de garantizar la suficiente flexibilidad, las partes deben tener la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos en materia de conformidad. Tal divergencia con dichos requisitos solo debe ser posible si el consumidor ha sido específicamente informado al respecto y lo acepta por separado de otras declaraciones o acuerdos y con un comportamiento activo e inequívoco. Ambas condiciones podrían cumplirse, por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar”. Teniendo en cuenta la cantidad de veces que un usuario medio hace *click* para aceptar los términos de protección de datos, cookies, y otras cuestiones (a menudo sin leer lo que se está aceptando), no estaría de más, en nuestra opinión, que la regulación fuese un poco más estricta en este punto, no sólo exigiendo una aceptación expresa, sino obligando a que la información sobre esa “divergencia” sea lo más clara y concisa posible, y tal vez, por qué no, se redacte en letra mayúscula o en un tamaño lo suficientemente grande como para asegurar la toma de conocimiento sobre lo que se está aceptando.

El segundo problema deriva del hecho de que uno de los criterios objetivos a los que afecta es el de la seguridad. Dicen LOOS *et al* (2011, p. 748) que la clave reside en determinar qué es lo que el consumidor puede razonablemente esperar; en su opinión, no cabe duda de que lo que se puede esperar es que el contenido digital no cause daño físico u otro tipo de daño al hardware o software. Visto así, el criterio objetivo de la seguridad reviste especial importancia, ya que evita que se produzcan daños, potencialmente, al consumidor. De hecho, en la Propuesta original de la Directiva (2015), la seguridad solo constituía un criterio subjetivo; cuestión que probablemente fue modificada debido a las críticas que se suscitaron por parte de la doctrina. La envergadura de la seguridad como criterio objetivo es tal que GEIREGAT & STEENNOT (2017, p. 128) se llegan a preguntar que por qué no existe un



deber general de suministrar contenido o servicios digitales libres de virus o troyanos.

Cabe tener en cuenta que, en caso de que se produzcan daños por un contenido o servicio digital no conforme, el empresario puede resultar obligado también a indemnizarlos al consumidor. Esta indemnización es una materia no armonizada que compete a los Estados miembros, tal y como establece el artículo 3.10 DCD. El Considerando 73 complementa esta premisa señalando que “el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad. Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas”.

Por lo tanto, el consumidor tendrá derecho a reclamar indemnización cuando el bien no sea conforme; sin embargo, el artículo 8.5 DCD dice claramente que “no habrá falta de conformidad (...) cuando (...) el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado” la divergencia de que se trate. ¿Es esta normativa adecuada? En nuestra opinión, la respuesta sólo puede ser rotundamente negativa. Una cosa es permitir flexibilidad respecto de ciertos criterios, como pueden ser la funcionalidad, la compatibilidad, etc.; y otra, permitir que el consumidor acepte apartarse del criterio objetivo de seguridad perdiendo, tácitamente, el derecho a reclamar una indemnización por los daños que se le hubiesen causado.

1. LOOS, M.B.M., HELBERGER, N., GUIBAULT, L. & MAK, C., “The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law”, *European Review of Private Law*, 6, 2011, pp. 729-758.

2. GEIREGAT, S. & STEENNOT, R., “Proposal for a directive on digital content: Scope of application and liability for a lack of conformity”, *Digital content & distance sales: new developments at EU level* (ed. I. CLAEYS & E. TERRYIN), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, pp. 95-166.