

La conformidad subjetiva en el marco
de la compraventa de bienes
y el suministro de contenidos
y servicios digitales tras la trasposición
de las Directivas (UE) 2019/770
y 2019/771 en España*

*Subjective conformity in the context
of the sale of goods and the supply of
digital content and services following
the transposition of Directives (EU)
2019/770 and 2019/771 in Spain*

por

FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ**

Profesora contratada doctor

Universidad de Salamanca

RESUMEN: El presente trabajo ofrece un estudio de Derecho comparado en torno a la regulación de los requisitos subjetivos de conformidad

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos (PID2019-107195RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 financiado por MCIN).

en el marco de la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales tras la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en España. Tras resaltar las diferentes vías por las que han optado el legislador estatal y el catalán, se analizan detenidamente las novedades que se introducen y se trata de dar respuesta a los diferentes interrogantes que, a la vista de la nueva regulación, se suscitan.

ABSTRACT: This paper offers a comparative law study on the regulation of subjective conformity requirements in the context of the sale of goods and the supply of digital content and services following the transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771 in Spain. After highlighting the different paths chosen by the Spanish and Catalan legislators, the new features introduced are analysed in detail and an attempt is made to answer the different questions that arise in view of the new regulation.

PALABRAS CLAVE: Consumidor. Contrato de compraventa de bienes. Bienes. Bienes con elementos digitales. Contrato de suministro. Contenido digital. Servicio digital. Requisitos para la conformidad.

KEY WORDS: Consumer. Contracts for the sale of goods. Goods with digital elements. Supply contract. Digital content. Digital service. Requirements for conformity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD: 1. NECESIDAD DE QUE SE AJUSTE A LA DESCRIPCIÓN, TIPO DE BIEN, CANTIDAD Y CALIDAD Y POSEA LA FUNCIONALIDAD, COMPATIBILIDAD, INTEROPERABILIDAD Y DEMÁS CARACTERÍSTICAS PREVISTAS EN EL CONTRATO. 2. NECESIDAD DE QUE SE ENTREGUEN O SUMINISTREN JUNTO CON TODOS LOS ACCESORIOS, INSTRUCCIONES Y ASISTENCIA AL CONSUMIDOR O USUARIO EN CASO DE CONTENIDOS DIGITALES Y NECESIDAD DE QUE LOS BIENES SE SUMINISTREN CON ACTUALIZACIONES Y LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES SE ACTUALICEN, SEGÚN SE HAYA ESTABLECIDO EN EL CONTRATO: A) *Puntualizaciones relativas a los accesorios, instrucciones y asistencia al consumidor o usuario.* B) *Puntualizaciones en torno a las «actualizaciones»:* a) ¿En qué momento han de facilitarse las actualizaciones? ¿Durante cuánto tiempo? b) ¿Qué sucede si el consumidor no instala las actualizaciones? c) Incidencia

****** Miembro del GIR. Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables, cuyo Investigador responsable es el Prof. D. José Antonio MARTÍN PÉREZ, reconocido el 18 de octubre de 2018.

de las actualizaciones en la durabilidad de los bienes 3. SERVIR AL FIN ESPECÍFICO PARA EL QUE LOS NECESITA EL CONSUMIDOR SIEMPRE QUE EL EMPRESARIO HAYA ACEPTADO QUE EL BIEN O EL CONTENIDO O SERVICIO DIGITAL SIRVE PARA TAL FIN. 4. ¿POSIBILIDAD DE APARTARSE DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE CONFORMIDAD? 5. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL RGPD COMO FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES CON LOS REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD.—III. PRIMACÍA DE LOS REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD.—IV. MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES PARA MANTENER LA CONFORMIDAD.—V. UNA CUESTIÓN NUEVA: VALORACIÓN DE LA CONFIANZA DEL CONSUMIDOR EN LA CAPACIDAD DEL EMPRESARIO DE PONER EN CONFORMIDAD EL BIEN.—VI. LA CARGA DE LA PRUEBA: 1. CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES (INCLUIDOS LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES). 2. CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: A) *Suministro en un único acto o en una serie de actos individuales*. B) *Suministro continuado*. C) *La excepción que confirma la regla y la obligación de cooperación del consumidor o usuario*.—VII CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 1999/44/CE, recurriendo a la fórmula de una presunción legal¹, contemplaba únicamente un listado con cuatro criterios de conformidad; la nueva Directiva (UE) 2019/771 —aplicable también a la venta de bienes muebles con elementos digitales²—, tras señalar, en su artículo 5, que «*el vendedor suministrará al consumidor bienes que cumplan los requisitos de los artículos 6, 7 y 8, según sean de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9*», prevé, en cambio, cuatro requisitos subjetivos de conformidad (art. 6), cuatro requisitos objetivos de conformidad (art. 7), y, finalmente, el supuesto específico de falta de conformidad por incorrecta instalación del bien (art. 8); ello ha llevado a algunos autores a afirmar que los criterios de conformidad aparecen ahora «técnicamente mejor descritos», que se acogen «a una perspectiva mucho más rigurosa y completa»³. La estructura dogmática general es la misma; la auténtica razón de ser del nuevo instrumento normativo (de armonización máxima *ex* artículo 4) reside en la necesidad de adaptar el régimen de la compraventa de bienes a la Estrategia para un Mercado Único Digital, lo que implica, entre otras cosas, como veremos enseguida, su actualización y adecuación a los contratos que incluyen bienes con elementos digitales⁴.

Con un tenor similar, el artículo 6 de la Directiva 2019/770 determina que «*Los empresarios suministrarán a los consumidores contenidos o servicios*

digitales que cumplan los requisitos establecidos en los artículos 7, 8 y 9, según sean de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10»⁵.

De los referidos preceptos, se infiere con claridad que el bien —o los contenidos o servicios digitales— deben reunir cada uno de los requisitos que se enumeran «*cuando sea de aplicación*» [art. 5, artículo 6 (primer inciso) y artículo 7.1b) y c) Directiva (UE) 2019/771; y artículo 6, artículo 7 (primer inciso) y artículo 8.1a) Directiva (UE) 2019/770]; es decir, no es necesario que se reúnan todos los requisitos a la vez, pero, entre los que resulten de aplicación, —como señala MARÍN LÓPEZ refiriéndose a la Directiva (UE) 2019/771— «esta aplicación es cumulativa»; cabe «la aplicación simultánea de varios de estos criterios, en la medida en que todos ellos constituyen mecanismos de determinación e integración del contenido del contrato»⁶. Por otra parte, hay que resaltar que, a la vista del considerando núm. 35 de la Directiva (UE) 2019/771, la conformidad ha de aplicarse no solo a los vicios materiales (componente físico del bien) sino también a los jurídicos (componente digital del bien). El considerando núm. 54 de la Directiva (UE) 2019/770, por su parte, puntualiza que «los vicios jurídicos constituyen una cuestión de especial importancia para los contenidos o servicios digitales, que están sujetos a derechos de propiedad intelectual».

Dado que ambas Directivas buscan armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, en aras no solo a garantizar un alto nivel de protección de las personas consumidoras sino también a lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para las pequeñas y medianas empresas, y encuentran justificación en el hecho de que la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o están interconectados con ellos, no es de extrañar que el legislador español (estatal) haya optado por efectuar una trasposición conjunta de ambas disposiciones comunitarias. No en vano ambas Directivas contienen previsiones coincidentes, diferenciadas únicamente cuando la naturaleza del servicio o contenido digital así lo requiere. La trasposición conjunta permite evitar reiteraciones e 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. Como explica el legislador español en la exposición de motivos del 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 (en adelante, Real

Decreto Ley 7/2021), «este enfoque facilita que los supuestos mixtos, cada vez más frecuentes, en los que el bien y el servicio o contenido digital formen un conjunto funcionalmente inseparable, tengan una regulación clara y unificada, sin pasar de una disposición a otra según el modo en que se ofrezcan en el mercado»⁷. Aunando los textos de ambas Directivas, el nuevo artículo 115 RDLegislativo 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 (en adelante, TRLGDCU), bajo la rúbrica «Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales», determina: «Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o 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, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117».

El legislador catalán, por su parte, al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.8.^a Constitución española y 129 Estatuto de Autonomía de Cataluña y del reconocimiento de la constitucionalidad de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos (en adelante, CCCat), por la STC 132/2019, ha traspuesto estas dos Directivas mediante el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código Civil de Cataluña. A fin de integrar ambas disposiciones comunitarias, ha hecho más precisas las normas relativas a los criterios de conformidad —entre otras— en el marco de la compraventa de bienes (aunque los regula en diferentes apartados del artículo 621-20 CCCat, no los califica como subjetivos y objetivos⁸; simplemente se refiere a los primeros como «acordados», «pactados», «estipulados en el contrato»), remitiendo a esa regulación en la medida en que sea compatible en lo relativo al suministro de contenidos y servicios digitales, como sucede con la fijación de los criterios de conformidad⁹.

Distinta es la fórmula seguida en otros países; así por ejemplo, en Portugal, ambas Directivas han sido objeto de trasposición por el *Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que Regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770*; el legislador portugués ha optado por adoptar unas reglas generales con vistas a plasmar el objetivo de la norma, ofrecer una serie de definiciones, y precisar el ámbito de aplicación, con expresión de los contratos que quedan al margen de la misma, para diferenciar claramente, a continuación, el régimen que resulta aplicable a la compraventa de bienes (arts. 5 a 25) —ámbito en el que regula también la falta de conformidad en el

marco de los bienes inmuebles (arts. 22 a 25)— y el régimen aplicable al suministro de contenidos y servicios digitales (arts. 26 a 39), prosiguiendo con unas disposiciones comunes relativas a la responsabilidad del productor, ejercicio de la acción de regreso o la garantía comercial, particularmente. En Francia, ambas Directivas han sido traspuestas mediante la *Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques*, que viene a modificar el Código de consumo francés, regulando de manera independiente la conformidad en los contratos de compraventa de bienes (arts. L217-1 a L217-32) y los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (arts. L224-25-1 a L224-25-32; a la garantía legal de conformidad, se refieren concretamente los artículos L224-25-12 a L224-25-26); nótese que el legislador francés, si bien incluye los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en preceptos distintos, elude su calificación como subjetivos u objetivos; cuando se refiere a los subjetivos habla de conformidad con el contrato («*Le bien est conforme au contrat s'il répond notamment, le cas échéant, aux critères suivants:...*»).

Sea como sea, lo cierto es que ambas Directivas son normas de armonización plena; en consecuencia, los Estados miembros no pueden mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de lo en ellas establecido, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de las personas consumidoras, salvo que se disponga de otro modo en la normativa comunitaria aplicable¹⁰.

Dicho esto, centrémonos en el análisis de los requisitos subjetivos de conformidad que se contemplan en las nuevas Directivas y su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD

A diferencia de los criterios objetivos de conformidad —que se sustentan en la naturaleza de los bienes y de los contenidos y servicios digitales en sentido lato y en las declaraciones públicas del empresario—, los criterios subjetivos de conformidad son los especificados por las partes¹¹.

Según el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/771, los requisitos subjetivos que deben cumplir los bienes para ser conformes son: a) ser acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características según disponga el contrato de compraventa; b) ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación; c) entregarse junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación, según

disponga el contrato; y d) suministrarse con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa. De todos ellos, en la Directiva 1999/44/CE solo estaba presente el b) y la referencia a la descripción que encontramos en el a)¹². Estos requisitos subjetivos —particularmente los expresados bajo las letras a), c) y d)— tienen en común el hecho de que nacen del propio contrato, lo que —como resalta AVILÉS GARCÍA— «refuerza la autonomía de la voluntad a fin de determinar la conformidad contractual de cada compraventa»¹³; en buena lógica, entiende el legislador comunitario que el primer elemento que hay que tener en cuenta para decidir sobre la conformidad del bien es el contrato de compraventa, o —dicho con otras palabras— los pactos expresos entre vendedor y consumidor en relación al bien; así pues, si el bien no reúne las características expresadas en el contrato, no será conforme.

Según el artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/770, los requisitos subjetivos para la conformidad en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales son: a) ser acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato; b) ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) suministrarse junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación, y asistencia al consumidor según disponga el contrato; y d) actualizarse en función de lo que se haya dispuesto en el contrato.

Como puede verse, apenas se aprecian tres diferencias entre ambos preceptos, que obedecen lógicamente a la diferencia entre compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales: 1) la referencia al «tipo» de bienes que encontramos en el artículo 6 a) de la Directiva (UE) 2019/771 no aparece en el artículo 7 a) de la 2019/770; 2) la referencia a la «asistencia al consumidor» en el artículo 7 c) de la Directiva 2019/770 que no figura en el artículo 6 c) de la 2019/771; y 3) la referencia al vendedor en la Directiva (UE) 2019/771 se sustituye por la referencia al empresario en la Directiva (UE) 2019/770. Así las cosas, el nuevo artículo 115 bis TRLGD-CU, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 7/2021, refunde los preceptos de ambas Directivas y configura los requisitos subjetivos para la conformidad en los términos que siguen:

«Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

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 entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales según disponga el contrato.*

d) *Ser suministrados con actualizaciones, en el caso de los bienes, o ser actualizados, en el caso de contenidos o servicios digitales, según se establezca en el contrato en ambos casos».*

Más simple en su redacción, por cuanto se refiere únicamente a la conformidad en la compraventa de bienes, es el nuevo artículo 621-20.1 CCCat, según el cual: *«El bien es conforme al contrato si cumple los requisitos siguientes:*

a) *Ser entregado en la cantidad, ser del tipo y presentar la calidad, las prestaciones, la funcionalidad, la compatibilidad, la interoperabilidad y cualquier otra característica prevista en el contrato.*

b) *Ser entregado con la empaquetadura o envasado acordados.*

c) *Ser suministrado con los accesorios, las instrucciones y otros documentos estipulados en el contrato.*

d) *Ser suministrado con las actualizaciones pactadas».*

El artículo 621-20.5 CCCat, por su parte, añade: *«Si el bien no es apto para los fines específicos manifestados por el comprador al vendedor, hay falta de conformidad solo si el vendedor aceptó la idoneidad del bien para aquellos fines, antes o en el momento de la conclusión del contrato».* Dichos criterios, sin embargo, operan también en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, a tenor de la remisión efectuada por el artículo 621-71 CCCat.

Antes de estudiar cada criterio conviene llamar la atención sobre el recordatorio —presente en ambos instrumentos comunitarios— relativo a que los requisitos del contrato —ya sea el de compraventa ya sea el de suministro de contenidos y servicios digitales— deben incluir aquellos que resultan de la información precontractual, que de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato¹⁴. Dichos requisitos han sido objeto de actualización por parte de la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, que modifica la Directiva 2011/83/UE, a fin de modernizar la normativa destinada a la protección de los consumidores, incorporando las nociones de bienes con elementos digitales, contenidos y servicios digitales. En otras palabras, antes de analizar los criterios subjetivos de conformidad, es preciso recordar el papel que juega la publicidad como parte integrante del contrato¹⁵; así las cosas, si la publicidad, por ejemplo, de un televisor inteligente indica que incluye

una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formará parte del propio contrato de compraventa, y los criterios de conformidad resultarán aplicables independientemente de que el contenido o servicio digital esté preinstalado en el propio bien o tenga que descargarse posteriormente en otro dispositivo y tan solo esté interconectado con el bien vendido¹⁶. Como pone de relieve AVILÉS GARCÍA, se aplicarán también en el caso de que el contenido o servicio digital incorporado o interconectado no sea suministrado por el propio vendedor del producto, sino por un tercero en virtud del contrato de compraventa. Además, en el caso de la venta de bienes con elementos digitales, «la determinación de una relación contractual bilateral entre el vendedor y el comprador consumidor, de la que forme parte el suministro del contenido o servicio digital incorporado o interconectado, no puede verse afectada por el mero hecho de que el comprador deba dar su aprobación a un acuerdo de licencia con un tercero para poder acceder al contenido o servicio digital»¹⁷.

Dicho esto, analicemos los requisitos subjetivos de conformidad.

1. NECESIDAD DE QUE SE AJUSTE A LA DESCRIPCIÓN, TIPO DE BIEN, CANTIDAD Y CALIDAD Y POSEA LA FUNCIONALIDAD, COMPATIBILIDAD, INTEROPERABILIDAD Y DEMÁS CARACTERÍSTICAS PREVISTAS EN EL CONTRATO

El requisito más elemental es el comprendido en el artículo 115bis a) TRLGDCU, según el cual, como acabamos de decir, los bienes entregados han de «ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características» previstas en el contrato, y en el artículo 621-20 a) CCCat.

El tenor de estos preceptos obliga a hacer, en primer lugar, algunas precisiones terminológicas. De entrada, solo se aprecia una diferencia entre ellos: mientras el TRLGDCU habla de «descripción», el CCCat habla de «prestaciones», un término más concreto que incide especialmente en los servicios o comodidades que ofrece el bien. Mas, ¿qué hay que entender por funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad? El legislador comunitario lo aclaraba en los artículos 2.8, 2.9 y 2.10 Directiva (UE) 2019/771 y artículos 2.10, 2.11 y 2.12 Directiva (UE) 2019/770, ofreciendo unas definiciones que han sido incorporadas al nuevo artículo 59 bis c), l) y ñ) TRLGDCU en los siguientes términos: a) la funcionalidad del bien es «la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad»¹⁸; b) la compatibilidad es «la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (hardware) o programas (software) así como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software)

con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales»¹⁹; y c) la interoperabilidad es «la capacidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes o los contenidos o servicios digitales del mismo tipo»²⁰. El legislador catalán, por su parte, define estos tres requisitos en el artículo 621-20.3 CCCat, aludiendo únicamente a la capacidad de los contenidos o servicios digitales²¹. Estos tres requisitos (funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad) constituyen características esenciales de los bienes con elementos digitales. Como señala AVILÉS GARCÍA, «el buen funcionamiento de un bien («conformidad digital») puede incluir, por ejemplo, la comprobación de la capacidad de los bienes para intercambiar información con esos otros programas (*software*) o aparatos (*hardware*), y utilizar la información intercambiada, noción que está detrás del concepto de interoperabilidad del bien»²².

En segundo lugar, nos lleva a puntualizar que, para determinar si el bien o el contenido o servicio digital es conforme o no, no hay que atender únicamente a los siete parámetros —seis en el caso de los contenidos o servicios digitales— que recoge de forma expresa sino a todas las características que se hayan pactado sobre el mismo²³; si el bien o el contenido o servicio digital no presentara alguna de las características, cualidades o prestaciones pactadas, habrá falta de conformidad, y el consumidor podrá dirigirse contra el empresario²⁴. Dentro de esas otras características podría entenderse comprendido, por ejemplo, el pacto relativo a la versión en que habrán de suministrarse los contenidos o servicios digitales²⁵, la entrega de accesorios e instrucciones del bien, ya se refieran a su instalación ya se refieran a su mantenimiento, como sucede en el caso de los bienes digitalizados en que se ha pactado el suministro de actualizaciones; solo verificando que se han producido tales entregas, podrá entenderse que existe conformidad.

Tales características nos conducen a los requisitos de conformidad derivados del contrato que se enuncian en el artículo 115 bis c) y d) TRLGDCU y en el artículo 621-20.1 b), c) y d) CCCat que pasamos a comentar.

2. NECESIDAD DE QUE SE ENTREGUEN O SUMINISTREN JUNTO CON TODOS LOS ACCESORIOS, INSTRUCCIONES Y ASISTENCIA AL CONSUMIDOR O USUARIO EN CASO DE CONTENIDOS DIGITALES Y NECESIDAD DE QUE LOS BIENES SE SUMINISTREN CON ACTUALIZACIONES Y LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES SE ACTUALICEN, SEGÚN SE HAYA ESTABLECIDO EN EL CONTRATO

Habiéndose pactado en el contrato que el bien se entregaría o que el contenido o servicio digital se suministraría con los accesorios y las ins-

trucciones (las de instalación o integración, por ej., pero también quedarían comprendidas otras como las de mantenimiento), así como con la asistencia al consumidor, en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, o habiéndose pactado, en el caso de los bienes con elementos digitales, que se suministrarían actualizaciones y, en el caso de los contenidos o servicios digitales, que serán actualizados, dichos elementos deberán ser entregados por el empresario [art. 115 bis c) y d) TRLGDCU]²⁶; de no ser así, el consumidor podrá exigir al empresario la puesta en conformidad del bien.

Analizando con un poco más de detenimiento estos dos requisitos, cabe realizar las siguientes puntualizaciones:

A) Puntualizaciones relativas a los accesorios, instrucciones y asistencia al consumidor o usuario

Cuatro son las apreciaciones que cabe realizar en este ámbito:

1. la exigencia de la entrega o suministro de los «accesorios»²⁷ no constituye una novedad en nuestro ordenamiento, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Civil, «*La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados*»²⁸;

2. en caso de que no se haya pactado nada en el contrato en relación con la entrega de los accesorios —particularmente el embalaje— y las instrucciones, resultaría de aplicación el criterio objetivo consagrado en el artículo 115 ter 1.c) TRLGDCU: «*Cuando sea de aplicación, entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir*»; en este punto, cabe llamar la atención sobre el hecho de que el legislador catalán haya querido configurar como criterios separados en su artículo 621-20.1 b) y c) CCCat, por una parte, que sean entregados con la empaquetadura o envasado acordados y, por otra, que se suministren con los accesorios, las instrucciones²⁹ y otros documentos estipulados en el contrato;

3. existe una relación muy estrecha entre la exigencia de la entrega de las «instrucciones» y la posibilidad —contemplada en el artículo 115 quater TRLGDCU y en los artículos 621-21.1 y 621-72 CCCat— de apreciar la existencia de una falta de conformidad por instalación incorrecta de los bienes o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales como consecuencia de una deficiencia en las mismas (las instrucciones)³⁰;

4. el alcance del criterio comprendido en el artículo 115 bis c) TRLGDCU y en el 621-20.1 c) CCCat es bastante más amplio que el del comprendido en el artículo 115 bis d) TRLGDCU y en el artículo 621-20.1 d); mientras las

actualizaciones a que alude el apartado d) se refieren más bien a los bienes con elementos digitales y al suministro de contenidos y servicios digitales, los elementos comprendidos en la letra c) se predicen de todo tipo de bienes, así como de los contenidos o servicios digitales; «cualquier bien mueble tangible, aunque no incorpore elementos digitales, puede precisar instrucciones de instalación, montaje y/o mantenimiento y la entrega de objetos accesorios para sus diversos usos»³¹.

B) Puntualizaciones en torno a las «actualizaciones»

En primer lugar, hay que señalar que la falta de conformidad puede deberse a la falta de suministro de las mismas o al suministro de actualizaciones defectuosas o incompletas³², siendo especialmente relevante la que deriva de la vulneración de derechos de terceros —particularmente derechos de la propiedad intelectual o industrial— de forma que no permita al consumidor utilizar los bienes adquiridos conforme a los criterios subjetivos y objetivos establecidos³³.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, tal y como se pone de relieve en el considerando núm. 30 de la Directiva (UE) 2019/771, no solo deben facilitarse las actualizaciones acordadas en el contrato; el empresario ha de facilitar también actualizaciones, particularmente actualizaciones de seguridad, con el fin de garantizar que los bienes con elementos digitales sigan siendo conformes³⁴. Esta obligación se limita a las actualizaciones que sean necesarias para que esos bienes mantengan su conformidad con los requisitos de conformidad objetivos y subjetivos establecidos en las Directivas. Así pues, a menos que las partes hayan acordado otra cosa en el contrato, el empresario no está obligado a proporcionar versiones mejoradas de los contenidos o servicios digitales de los bienes ni a mejorar o ampliar sus funcionalidades más allá de los requisitos de conformidad.

En tercer lugar, es preciso tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 115 ter 2 y 3 TRLGDCU y sus paralelos en el CCCat, a cuyo estudio procedemos en los subepígrafes que siguen.

- a) ¿En qué momento han de facilitarse las actualizaciones? ¿Durante cuánto tiempo?

Tanto las Directivas como las normas de trasposición en España diferencian dos supuestos en función de que la prestación del empresario (vendedor, en el caso de la compraventa de bienes con elementos digitales) deba realizarse, bien en un «único acto de suministro» (el mismo momento de la entrega del

bien) o varios «actos de suministro separados» o bien de manera continuada durante un período de tiempo ulterior (mediante un «suministro continuo») [art. 7.3, apartados a) y b) Directiva 2019/771, artículo 8.2 a) y b) Directiva 2019/770]. En ambos supuestos, la obligación de conformidad se traduce en la obligación específica del empresario de velar por que se «comuniquen y suministren» al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean *necesarias para mantener dichos bienes en conformidad...*. En este sentido, dice textualmente el artículo 115 ter 2 TRLGDCU:

«En el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad, durante cualquiera de los siguientes períodos:

a) Aquel que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, en su caso.

b) Aquel en el que deba suministrarse el contenido o servicio digital con arreglo al contrato de compraventa de bienes con elementos digitales o al contrato de suministro, cuando este prevea un plazo de suministro continuo durante un período de tiempo. No obstante, cuando el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales prevea un plazo de suministro continuo igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien».

Tenor parecido tiene en Cataluña el nuevo artículo 621-20.6 CCCat; no obstante, cabe apreciar algunas diferencias; de entrada, el precepto catalán se refiere únicamente a la compraventa de bienes con elementos digitales. Según el referido precepto:

«En el caso de bienes con elementos digitales, el vendedor tiene que velar para que se comuniquen y se suministren al comprador las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener los bienes en conformidad, durante uno de los dos períodos siguientes:

a) Si el contrato establece un único acto de suministro del elemento digital, el período es el que el comprador puede razonablemente esperar teniendo en cuenta el tipo y finalidad de los bienes y los elementos digitales y la naturaleza del contrato; o

b) Si el contrato prevé el suministro continuado de los elementos digitales durante un periodo, este es el señalado por el artículo 621-23.1, cuando la

duración del contrato es inferior a tres años, o el señalado por el artículo 621-23.2 si es superior»³⁵.

La segunda diferencia se aprecia en el apartado a), pues, donde el TRLGDCU hace referencia a las «*circunstancias*» del contrato, la norma catalana se refiere al «*tipo y finalidad de los bienes y los elementos digitales*».

En el primero de los supuestos descritos, es decir, aquel en el que en el contrato se prevé un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, la nueva conformidad recaerá sobre cualesquiera actualizaciones «*que el consumidor pueda razonablemente esperar*», para lo que será preciso tener en cuenta tanto «*el tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales*» adquiridos (criterio objetivo) como «*las circunstancias*» y «*la naturaleza del contrato*», siempre que el contrato establezca un único acto de suministro del contenido o servicio digital o —incluso, tratándose del suministro de contenidos y servicios digitales— una serie de actos de suministro separados (criterio subjetivo)³⁶. Dicho en otras palabras, la nueva conformidad de los bienes con elementos digitales y de los contenidos o servicios digitales con sus eventuales actualizaciones ha de exigirse por el consumidor en el momento de su entrega/suministro, pero también en un momento posterior —esto es, durante un plazo complementario, atendiendo a un criterio objetivo de conformidad —el tipo y finalidad de los bienes— o a uno subjetivo —las circunstancias y la naturaleza del contrato—³⁷. Mas, ¿durante cuánto tiempo? Parece lógico pensar que el plazo de conformidad sobre tales bienes, con sus previsibles actualizaciones, no podrá superar, en todo caso, el plazo legal de garantía. Dicho plazo, en el caso de la compraventa de bienes con elementos digitales, es de tres años contados a partir del momento de la entrega de los mismos; y en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales, de dos años. Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 120 TRLGDCU, que bajo la rúbrica «*Plazo para la manifestación de la falta de conformidad*», determina que «*En el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, el empresario será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega o del suministro y se manifiesten en un plazo de tres años desde la entrega en el caso de bienes o de dos años en el caso de contenidos o servicios digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115 ter, apartado 2, letras a) y b)*». Tratándose de bienes de segunda mano, empresario y consumidor o usuario pueden pactar un plazo menor, pero en ningún caso inferior a un año desde la entrega. Como puede verse, nuestro legislador estatal ha hecho uso de la facultad que le concedía el artículo 10.3 Directiva (UE) 2019/771 y ha adoptado un plazo más largo del que se fijaba en los apartados 1 y 2 para la compraventa de bienes³⁸; no lo ha hecho en el ámbito del sumi-

nistro de contenidos y servicios digitales pues tal posibilidad no aparecía contemplada en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/770.

Idénticos plazos contempla el legislador catalán en los artículos 621-23 y 621-73 CCCat. Las diferencias se centran en la referencia expresa a la completa instalación que realiza el legislador autonómico cuando se refiere a los plazos de conformidad en el caso de los bienes de consumo y al momento en que empieza a computarse el plazo cuando la falta de conformidad deriva de una instalación incorrecta realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales³⁹; y en la determinación de que el suministrador responde también cuando la falta de conformidad se debe a que no ha facilitado las actualizaciones correspondientes, cuando regula el plazo de responsabilidad en el suministro de contenidos y servicios digitales y al momento desde el que se computa el plazo en el caso de integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales⁴⁰.

Ahora bien, a la vista de las reflexiones del legislador comunitario al final del considerando núm. 31 de la Directiva (UE) 2019/771⁴¹ y al inicio del considerando núm. 47 de la Directiva (UE) 2019/770⁴², parece que en algunos casos —ej. cuando se trate de actualizaciones de seguridad o supuestos análogos—, la conformidad podrá exigirse más allá de los tres años de garantía legal que actualmente prevé el TRLGDCU en el caso de la compraventa de bienes con elementos digitales o de los dos años de garantía legal en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales; y ello —insistimos—, al amparo de las expectativas razonables del consumidor, habida cuenta del tipo y finalidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de que se trate (criterio objetivo), o de la naturaleza y circunstancias del contrato (criterio subjetivo).

En el segundo de los supuestos, el suministro se produce de forma continua, cobrando especial relevancia el elemento temporal. El empresario será responsable en este caso de cualquier falta de conformidad sobre los bienes con elementos digitales o sobre los contenidos o servicios digitales que se produzcan o manifiesten en ese período establecido, incluidas las propias actualizaciones. Y este período no es solo el plazo de tres años previstos a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales o dos en el caso del suministro de los contenidos o servicios digitales, sino durante el plazo hipotético superior a esos tres años en que se hubiera pactado un suministro específico dentro del contrato de compraventa o dos, si se trata de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales⁴³. Así se infiere, en el ámbito estatal, de lo previsto en el nuevo artículo 120.2 TRLGDCU: *«En el caso de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo de-*

terminado, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato»; en el caso de que el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales estableciese «el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega». En Cataluña, el artículo 621-23.2 CCCat señala también que «En el caso de compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un período superior a los tres años, el vendedor responde por la falta de conformidad que se manifieste durante todo el período»; nada especifica el precepto catalán, en cambio, sobre el supuesto de que se haya pactado un suministro continuo durante un plazo inferior a tres años; a nuestro modo de ver, la regla a seguir en estos casos debe ser la general —esto es, aplicar un plazo de responsabilidad de tres años—, pues esa es la idea de la norma objeto de trasposición⁴⁴. No se aprecian diferencias en la trasposición de la norma en el marco del suministro de contenidos y servicios digitales (art. 621-74.1 CCCat⁴⁵).

Tratándose del suministro de contenidos y servicios digitales que se suministran a los consumidores de forma continua a lo largo de un período de tiempo, como pone de relieve el considerando núm. 57 de la Directiva (UE) 2019/770, debe tenerse en cuenta que dicho suministro continuo comprende los supuestos en *«que el empresario pone un servicio a disposición de los consumidores durante un período determinado o un período indefinido, como un contrato de almacenamiento en nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido»*. Lo que diferencia a esta categoría *«es el hecho de que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido»*. Ello justifica que, en tales casos, *«el empresario solo tenga que ser responsable de la falta de conformidad que aparezca durante ese período de tiempo»*, que no necesariamente ha de ser un período de tiempo largo. El legislador comunitario ofrece algunos ejemplos de supuestos en los que cabe hablar de suministro continuo durante un período de tiempo: la retransmisión en línea de un videoclip (y ello con independencia de la duración real que tenga el archivo audiovisual), supuestos en los que determinados elementos de los contenidos o servicios digitales están disponibles periódicamente o en varias ocasiones durante el período determinado del contrato o durante el tiempo en que el contrato indefinido esté en vigor, si el contrato estipula *«que una copia de un programa (software) antivirus se puede utilizar durante un año y se actualizará automáticamente el primer día de cada mes de dicho período, o que el empresario facilitará actualizaciones*

cada vez que nuevas características de un juego digital se hagan accesibles, y los contenidos o servicios digitales solo estarán disponibles o accesibles para los consumidores durante el periodo determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido».

Llegados a este punto podemos preguntarnos cuándo se consideran entregados los bienes con elementos digitales y cuándo se entienden suministrados los contenidos o servicios digitales.

A la primera cuestión, responden los considerandos núm. 39 y núm. 40 de la Directiva (UE) 2019/771; de acuerdo con el primero de ellos, se considera que *«los bienes con elementos digitales han sido entregados al consumidor cuando se haya entregado el componente físico de los bienes y además se haya producido el acto único de suministro de los contenidos o servicios digitales o bien haya comenzado el suministro continuo durante un período de tiempo de contenidos o servicios digitales»*. Así pues, el vendedor ha de poner a disposición del consumidor los contenidos o servicios digitales, facilitándole el acceso a los mismos por cualquier medio adecuado (ej. un enlace o una opción de descarga) sin que sea necesario que el vendedor realice ninguna otra acción para que el consumidor pueda utilizarlos con arreglo al contrato. En los casos en los que el componente físico haya sido entregado con anterioridad, *«el momento pertinente para establecer la conformidad debe ser aquel en que se suministren los contenidos o servicios digitales»*. El legislador comunitario lo justifica diciendo que, de esta forma, *«se garantiza la uniformidad del punto de partida del período de responsabilidad correspondiente al componente físico, por una parte, y al elemento digital, por otra»*; pero no solo eso; la solución propuesta es la más acertada por cuanto muchas veces *«el consumidor no puede detectar un vicio del componente físico hasta que se le suministren los contenidos o servicios digitales»*. Cuando los bienes precisan la instalación por parte del vendedor, nos encontramos con que en no pocas ocasiones el consumidor no puede utilizarlos o detectar un defecto en ellos mientras no se complete la instalación. Por eso, señala el considerando núm. 40 que, *«cuando con arreglo al contrato de compraventa los bienes deban ser instalados por el vendedor o bajo su responsabilidad, debe considerarse que han sido entregados al consumidor en el momento en que se complete la instalación»*.

A la segunda, el considerando núm. 41 de la Directiva (UE) 2019/770: tras señalar que existen diversas fórmulas para que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales al consumidor, poniendo los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor o facilitándole el acceso a ellos, afirma que se considera *«que los contenidos o servicios digitales están disponibles o accesibles para el consumidor cuando los contenidos o servicios digitales, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos, hayan llegado al entorno del consumidor y no sea necesario ningún otro acto*

del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato». En algunas ocasiones, la instalación física o virtual depende de un tercero (ej. una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube, que el consumidor elija para recibir o almacenar los contenidos o servicios digitales), siendo suficiente que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales a dicho tercero; en cambio, cuando la instalación física o virtual se encuentra sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o el consumidor haya seleccionado dicha instalación física o virtual para recibir los contenidos o servicios digitales siendo esa la única opción ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital, no podrá considerarse que el consumidor ha elegido la instalación física o virtual y no se considerará cumplida la obligación del empresario de suministrar el contenido digital o el servicio digital *«si el contenido digital o el servicio digital se suministra a la instalación física o virtual, pero el consumidor no puede recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital de conformidad con la presente Directiva»*; procederán, por tanto, las mismas medidas correctoras que si el empresario no hubiera suministrado el contenido digital o el servicio digital. Por lo que se refiere al momento del suministro, atendiendo a las prácticas del mercado y las posibilidades técnicas, y a fin de proporcionar cierto grado de flexibilidad, el legislador comunitario entiende que *«los contenidos o servicios digitales deben suministrarse sin demora indebida, salvo que las partes lo acuerden de otro modo para tener en cuenta otros modelos de suministro»*. En esta línea discurren el artículo 66 bis 1 TRLGDCU⁴⁶ y el artículo 621-69 CCCat⁴⁷.

b) ¿Qué sucede si el consumidor no instala las actualizaciones?

Los considerandos núm. 30 de la Directiva (UE) 2019/771 y núm. 47 de la Directiva (UE) 2019/770 son claros a este respecto. El consumidor debe seguir siendo libre de elegir si instala las actualizaciones facilitadas o no. Eso sí, si no las instala, no debe esperar que los bienes con elementos digitales o que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes. En este sentido, ambas disposiciones insisten en la necesidad de que el vendedor, en el primer caso, y el empresario, en el segundo, debe informar al consumidor de que la decisión de este último de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los bienes con elementos digitales, en el primer caso, y de los contenidos y servicios digitales, en el segundo, incluidas las actualizaciones de seguridad, repercutirá en la responsabilidad del vendedor o del empresario por la conformidad de aquellas características de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios

digitales cuya conformidad deben mantener las correspondientes actualizaciones. Sobre esta base, el nuevo artículo 115 ter 3 TRLGDCU determina: *«En caso de que el consumidor o usuario no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado anterior, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

- a) El empresario hubiese informado al consumidor o usuario acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación; y*
- b) El hecho de que el consumidor o usuario no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas».*

Términos similares emplea el legislador catalán en el artículo 621-21.2 CCCat, si bien se refiere únicamente a la compraventa: *«Si el comprador no instala en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de acuerdo con lo que establece el artículo 621-20.6, el vendedor no es responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la falta de actualización siempre que:*

- a) Hubiera informado al comprador de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de no instalarla;*
- b) El hecho de que la falta de instalación o la instalación incorrecta no obedezca a las deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al comprador».*

El legislador catalán parece haber olvidado incorporar esta regla en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales; no hay siquiera, a estos efectos, una remisión al referido artículo 621-21.2 CCCat.

c) Incidencia de las actualizaciones en la durabilidad de los bienes

Sin lugar a dudas, el tema de las actualizaciones conecta con otra noción en la que inciden ambas Directivas comunitarias: la durabilidad⁴⁸. Como se pone de relieve en el considerando núm. 32 de la Directiva (UE) 2019/771: *«Garantizar una mayor durabilidad de los bienes es importante para lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular»*. Esencial es también mantener los productos no conformes fuera del mercado de la Unión reforzando la vigilancia del mercado y ofreciendo incentivos adecuados a los operadores económicos para aumentar la confianza en el funcionamiento del

mercado interior. De ahí que se introduzcan en la normativa comunitaria los requisitos de durabilidad y otros requisitos relativos a los productos en relación con tipos o grupos específicos de productos, utilizando criterios adaptados a esa finalidad. Tras justificar la inclusión de la durabilidad en la referida Directiva como criterio objetivo para la evaluación de la conformidad de los bienes, afirma que *«la durabilidad debe referirse a la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento obligatorios en condiciones normales de utilización. Para que los bienes sean conformes deben poseer la durabilidad que sea habitual en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza de los bienes específicos, incluida la posible necesidad de un mantenimiento razonable de los bienes, como la revisión periódica o el cambio de los filtros de un vehículo, y de cualquier declaración realizada por cualquier persona que constituya una fase en la cadena de transacciones, o por cuenta de ella. La evaluación debe tener en cuenta asimismo todas las demás circunstancias pertinentes, como el precio de los bienes y la intensidad o frecuencia del uso que el consumidor haga de estos»*. Ahora bien, aunque el legislador comunitario incluya la durabilidad en los criterios objetivos, ello no significa que no pueda ser parte de los subjetivos. Y es que, como termina diciendo el legislador en el referido considerando, *«en la medida en que la información específica sobre la durabilidad se indique en cualquier declaración precontractual que forme parte de los contratos de compraventa, el consumidor debe poder confiar en ella como parte de los criterios subjetivos de conformidad»*⁴⁹.

Idéntica es la situación que encontramos en nuestro ordenamiento interno. El legislador español menciona la durabilidad en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2021 como posible criterio de conformidad subjetivo, pero no lo refleja en el artículo 115 bis TRLGDCU, precepto que tampoco contempla referencia alguna al tiempo. Al igual que en la Directiva, —como pone de relieve BARBER CÁRCAMO— «la expresa referencia a la durabilidad solo aparece entre los requisitos objetivos de conformidad, que la nueva norma explícita habrán de cumplirse “todos” y “además” de los subjetivos». Ligando la durabilidad a la razonablemente esperable de bienes del mismo tipo, *«dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacción, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado»*, el artículo 115ter 1.d) TRLGDCU reproduce el tenor del artículo 7.1 d) de la Directiva (UE) 2019/771. El concepto de durabilidad queda pues «como un concepto jurídico indeterminado, dependiente de un juicio de razonabilidad sobre lo esperable, a partir de un dato objetivo como es la naturaleza de los bienes, y otro subjetivo como son las declaraciones públicas hechas por cualquiera que haya intervenido en la cadena de transacción»⁵⁰.

No se advierten grandes cambios, a estos efectos, en la regulación catalana; según el artículo 621-20.2 CCCat, *«La conformidad exige, además del cumplimiento de los requisitos establecidos por el apartado 1 y salvo que se haya pactado lo contrario o que por las circunstancias del caso alguno de estos criterios no sea aplicable, que el bien: (...) b) Se entregue en la cantidad y presente las cualidades y otras características, particularmente en cuanto a la durabilidad, funcionalidad, interoperabilidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el comprador puede razonablemente esperar, vista la naturaleza del bien y las declaraciones públicas hechas por el vendedor o por terceros de acuerdo con lo que establece el artículo 621-25»*.

3. SERVIR AL FIN ESPECÍFICO PARA EL QUE LOS NECESITA EL CONSUMIDOR SIEMPRE QUE EL EMPRESARIO HAYA ACEPTADO QUE EL BIEN O EL CONTENIDO O SERVICIO DIGITAL SIRVE PARA TAL FIN

El requisito expresado en el artículo 115 bis b) TRLGDCU —el relativo a que el bien o el contenido o servicio digital ha de servir para el fin específico para el que los necesita el consumidor, siempre que el empresario haya aceptado que el bien o el contenido o servicio sirve para dicho fin—, por su parte, ha sido dotado de una nueva redacción, pero, salvo porque ahora se predica también del suministro de contenidos y servicios digitales, su alcance es el mismo que el de su predecesor —el artículo 116.1c) TRLGDCU—⁵¹. Algo parecido sucede con el artículo 621-20.5 CCCat⁵², respecto del anterior artículo 621-20.3. Estamos, pues, ante declaraciones realizadas por las partes en relación con las cualidades del bien que no se han plasmado en el contrato⁵³. Dice el precepto que el vendedor debe haber aceptado que el bien sirve para el fin específico requerido por el consumidor, pero en ningún momento dice que esa aceptación deba revestir una forma concreta⁵⁴ y ello —como ya pusiera de relieve LASHERAS ROMERO en relación con la Directiva de 1999 y el TRLGDCU— dificulta la prueba: difícilmente podrá el comprador probar que el vendedor había aceptado que el bien servía para el fin que él quería darle si no media una declaración/aceptación escrita⁵⁵. Y, si no puede demostrar la existencia de ese pacto, si no puede acreditar que requirió el bien, contenido o servicio digital para un fin concreto y que el empresario aceptó, resultará aplicable el criterio de carácter objetivo que se recoge, en el ámbito estatal, en el artículo 115ter 1.a) TRLGDCU —según el cual, los bienes y los contenidos o servicios digitales serán conformes si son *«aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica*

existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector»—, y en Cataluña, en el artículo 621-20.2b) CC-Cat —según el cual *«La conformidad exige, salvo que se haya pactado otra cosa o que por las circunstancias del caso alguno de estos criterios no sea de aplicación, que el bien (...) sea idóneo para el uso habitual a que se destinan los bienes del mismo tipo»*—. No en vano, un uso especial es precisamente el que se aparta del habitual o normal, y es perfectamente posible que un bien o un contenido o servicio digital no responda a los requerimientos específicos del adquirente, pero resulte perfectamente útil para un uso normal⁵⁶.

Desde la doctrina se viene resaltando que no es habitual encontrar este tipo de pactos en la práctica; el ámbito en el que es más fácil que se incorporen es el de los contratos de obra mueble —esto es, aquellos en los que se encarga la fabricación de un producto—⁵⁷; en estos contratos —afirma CASTILLA BAREA— las especificaciones del comprador sobre las características y destino extraordinario que quiera dar al bien son prácticamente imprescindibles a fin de que la cosa se fabrique y provea a su contenido⁵⁸.

4. ¿POSIBILIDAD DE APARTARSE DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE CONFORMIDAD?

Hablando de la conformidad subjetiva, no podemos dejar de preguntarnos si nuestro consumidor puede apartarse de los requisitos objetivos contemplados en la norma.

Los considerandos núm. 29 de la Directiva (UE) 2019/771 y núm. 45 de la Directiva (UE) 2019/770 parten de la idea de que han de cumplirse tanto los requisitos subjetivos como los requisitos objetivos de conformidad:

- Considerando núm. 29 Directiva (UE) 2019/771: *«Para ser conformes, los bienes deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva»*.
- Considerando núm. 45 Directiva (UE) 2019/770: *«Para ser conformes y garantizar que los consumidores no se vean privados de sus derechos, por ejemplo en aquellos casos en que el contrato establezca cláusulas muy poco estrictas, los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva (...)»*.

Mas, si avanzamos un poco en la lectura de ambos instrumentos, comprobamos que el legislador comunitario apuesta claramente por la posibi-

lidad de que las partes se aparten de los requisitos objetivos establecidos en materia de conformidad. Tal posibilidad queda explicitada tanto en el considerando núm. 36 de la Directiva (UE) 2019/771: «*Con el fin de garantizar la suficiente flexibilidad de las normas, por ejemplo en relación con la compraventa de bienes de segunda mano, las partes deben tener la posibilidad de apartarse de los requisitos objetivos en materia de conformidad establecidos en la presente Directiva. 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*», como el considerando núm. 49 de la Directiva (UE) 2019/770: «*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*».

En las normas de trasposición, el artículo 621-20.2 CCCat es muy claro a este respecto al comenzar diciendo: «*La conformidad exige, además del cumplimiento de los requisitos establecidos por el apartado 1 y salvo que se haya pactado lo contrario o que por las circunstancias del caso alguno de estos criterios no sea aplicable (...)*»⁵⁹. El TRLGDCU se mantiene fiel a las Directivas, pero se limita simplemente a admitir tal divergencia mediante la aceptación por el consumidor previa información del empresario; lo que puntualiza el artículo 115 ter 5 TRLGDCU es que «*No habrá lugar a responsabilidad por faltas 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 o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia*»⁶⁰. Tal puntualización está también presente en el artículo 621-20.4 CCCat: «*En la compraventa de consumo no hay falta de conformidad, en relación con los requisitos que establece el apartado 2, cuando el vendedor ha informado específicamente, antes de la conclusión del contrato, que una determinada característica del bien se aparta de aquellos requisitos y el comprador ha aceptado la divergencia, de forma expresa y por separado, en el momento de la conclusión del contrato*»⁶¹.

Tal regla, sin lugar a dudas, —como apunta CÁMARA LAPUENTE— a la postre menoscaba o puede diluir el carácter objetivo de los parámetros previstos en el artículo 115 ter TRLGDCU; aunque se enuncia como excepción, podría llegar a convertirse *de facto* en regla. Todo depende de la futura

praxis contractual en el mercado. Más que requisitos objetivos inderogables basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, las Directivas y la transposición efectuada por los legisladores estatal y catalán «potencian los deberes de transparencia a cargo del empresario y la configuración de una suerte de consentimiento reforzado («expreso y por separado», a imagen y semejanza del consentimiento «granular» y más protegido que se exige para autorizar lícitamente el tratamiento de datos personales del artículo 7.3 RGPD (...) para estos supuestos. Y de nuevo cabe entrever aquí el futuro papel del control de transparencia frente a las cláusulas predispuestas que delimitan los elementos esenciales de estos contratos *ex* artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (...) sobre cláusulas abusivas»⁶².

5. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL RGPD COMO FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES CON LOS REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD

El considerando núm. 48 de la Directiva (UE) 2019/770, partiendo de la necesidad de aplicar el RGPD en relación con los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, señala que *«Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva»*. El legislador comunitario recurre a los siguientes ejemplos: 1) supuesto en que un empresario asume expresamente una obligación en el contrato, o el contrato puede interpretarse en ese sentido, lo cual está también relacionado con las obligaciones del empresario en virtud del Reglamento (UE) 2016/679; tal compromiso contractual puede formar parte, perfectamente, de los requisitos subjetivos de conformidad; 2) supuesto en que el incumplimiento de las obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 puede tener como consecuencia al mismo tiempo que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines previstos y, por tanto, constituyan una falta de conformidad con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales sean aptos para los fines para los que se utilizarían habitualmente contenidos o servicios digitales del mismo tipo [ej. un empresario de un programa (software) de cifrado de datos no aplica las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados; en este caso, el programa (software)

de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, cual es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto]; 3) supuestos en los que el incumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 puede constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales posean las características que son las normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar [ej. el empresario de una aplicación de compra en línea no adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor, quedando expuestos, en consecuencia, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor a programas maliciosos o programas espía; esta omisión puede constituir también una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales pues el consumidor puede razonablemente esperar que una aplicación de este tipo tenga habitualmente características que impidan que se revelen los datos de los pagos]. Así pues, *«cuando los hechos que den lugar a un incumplimiento de los requisitos del Reglamento (UE) 2016/679 constituyan también una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, a menos que el contrato ya sea nulo o anulable en virtud del Derecho nacional»*.

La aplicabilidad de la normativa de protección de datos en el marco de las garantías en la compraventa de bienes y el suministro de contenidos y servicios digitales se expresa, en el ámbito estatal, en el artículo 114.1, párrafo 2.º, TRLGDCU, incidiendo en su carácter prevalente⁶³; en Cataluña, encontramos menciones puntuales al Reglamento (UE) 2016/679 en los artículos 621-77.2 y 621-78 CCCat, al hilo de la regulación de la resolución del contrato y de la revocación del consentimiento por parte del adquirente de los contenidos o servicios digitales, pero falta una referencia de carácter general en la que enmarcar las faltas de conformidad derivadas del incumplimiento de la normativa sobre protección de datos.

III. PRIMACÍA DE LOS REQUISITOS SUBJETIVOS DE CONFORMIDAD

Hace unos años, a la vista del anteproyecto del Libro VI del CCCat, MARCO MOLINA se preguntaba si había una jerarquía entre los criterios de conformidad; en otras palabras, se preguntaba si la falta de conformidad subjetiva —la ineptitud del bien entregado para el propósito individual del

comprador constituía *per se* un «incumplimiento esencial» que facultaba al comprador para instar la resolución del contrato o, si, teniendo carácter prioritario el criterio objetivo de conformidad, ese bien podía seguir siendo considerado conforme (o no esencialmente disconforme) con el contrato celebrado⁶⁴. ARROYO SAN JOSÉ, por su parte, no dudaba al afirmar que la autonomía negocial se configuraba como el criterio de conformidad preferente⁶⁵. Analizando el TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ manifestaba que el primer elemento al que había que atender para juzgar la conformidad del bien es el contenido del contrato, las cláusulas contractuales en que se definen las características, calidad, utilidades o prestaciones que ha de tener el bien vendido; a renglón seguido reconocía, no obstante, que no es frecuente encontrar este tipo de pactos en las ventas de bienes de consumo, pues «se trata de bienes producidos en masa y con prestaciones similares en todos ellos»⁶⁶.

Con la reformulación de criterios subjetivos y objetivos que ha hecho el legislador tras la reforma que nos ocupa, considero que priman claramente los requisitos subjetivos; de hecho, como hemos visto, la propia voluntad de las partes les permite apartarse de esos requisitos objetivos; la clave, en todo caso, es la prueba; quien alegue la existencia de un pacto, tendrá que probarlo (si es el consumidor, sobre él recae la carga de la prueba del pacto alegado)⁶⁷. A modo de ilustración, aunque apenas hay sentencias en nuestra jurisprudencia sobre esta materia, recordemos cuatro supuestos que se han planteado ante nuestros tribunales:

- La SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 17 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004, 284264) se refiere a un supuesto en que se había celebrado un contrato complejo (no se trataba de una simple compraventa del material didáctico para realizar un curso de alemán por correspondencia a cambio de un precio cierto, sino que incorporaba también una prestación de servicios, por cuanto el adquirente del material es calificado como alumno —no como comprador— y en la relación de derechos y deberes del alumno que figura en el reverso del contrato, se reconoce al mismo el derecho a la corrección de los ejercicios escritos y orales en cassettes grabados por el alumno correspondientes al curso y a recibir la necesaria orientación en el transcurso de sus estudios, durante un período de 24 meses) y había quedado acreditado que el propósito individual del adquirente (consumidor) —manifestado al vendedor al contratar— era alcanzar en el plazo de dos años un nivel básico de ese idioma, a fin de mejorar sus perspectivas laborales. El material suministrado por la academia de idiomas para el curso —tanto el escrito como el audiovisual—, sin embargo, contenía errores de tal calibre (importantes discordancias entre el material escrito y el audiovisual

debidas a una confección precipitada del material suministrado) que ni todo el asesoramiento técnico prestado por el vendedor al comprador tanto al tiempo de la celebración del contrato como durante el período de ejecución del mismo podían restaurar al comprador la confianza y la tranquilidad necesarias para aprender un idioma⁶⁸.

- La SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 18 de diciembre de 2007 (*AC* 2008, 334) resuelve un supuesto en el que se había vendido un vehículo de segunda mano. En el documento contractual escrito se había hecho constar expresamente que el estado en que se encontraba el vehículo objeto del contrato era «bueno»; sin embargo, en los 11 días siguientes a la entrega, el vehículo sufrió tres averías importantes. Reconociendo que en el contrato no se detallaba —y menos de forma exhaustiva— el concreto estado y condiciones del vehículo, el tribunal sostiene que, aunque tuviera 211.000 kilómetros y una antigüedad de nueve años, la cláusula explícita relativa al «buen estado» del vehículo permite considerar que su estado era correcto y adecuado y que reunía las debidas condiciones para la circulación; dicha cláusula —dice el tribunal— hace creer al comprador que el vehículo había sido previamente revisado (y en su caso, reparado). Por eso, estima la pretensión del actor: procede la resolución del contrato y una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.
- La SAP de Granada (Sección 3.^a) de 10 junio de 2011 (*JUR* 2011, 332736) versa sobre la compraventa de un vehículo retroexcavadora de segunda mano que resulta inhábil para el fin para el que fue adquirido; no se indica en la sentencia si el comprador había especificado un fin o si se trata del uso normal de este tipo de bienes. El vendedor recurrente sostenía que el comprador conocía las características del vehículo y el estado de conservación que mantenía, así como la necesidad de asumir determinadas reparaciones que motivaron el acuerdo en el menor precio pagado por su compra. Según la AP, la necesidad de pequeñas reparaciones no afecta al debido cumplimiento de su obligación de entrega por parte del vendedor; ahora bien, eso no significa que sea aplicable a estas ventas «la doctrina jurisprudencial que entiende incumplida la obligación de entrega que compete al vendedor, con las consecuencias previstas en el artículo 1.124 Código Civil, cuando la cosa vendida, aún usada, adolece de tales defectos que la hacen inidónea para satisfacer el interés del comprador (STS de 7 de abril de 1993, SAP de Navarra de 14 de enero de 1999, SAP de Murcia de 18 de octubre de 1995, SAP de Alicante de 12 de abril de 2000 y SAP de León de 6 de julio de 1999). Y en el mismo sentido, y entre las más recientes, se pronuncian, en términos similares, la SAP de Lleida (Sección 2.^a) de 22 de marzo de 2007 —sobre vehículo con múltiples

y fuertes averías—, o la SAP de Castellón (Sección 1.^a) de 5 de enero de 2009, que a su vez cita, entre otras, la SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 18 de mayo de 2007, en la que a propósito, ambas, de tratarse de un vehículo con un número de kilómetros superior a los que delata el contador, creando de ese modo en el comprador la apariencia falsa de adquirir un vehículo menos usado de lo que verdaderamente lo fue y con una esperanza de utilidad futura sin averías causadas por desgaste de piezas mayor de la real, declara también la resolución contractual desde la teoría de la entrega de cosa distinta a la pactada («*aliud pro alio*»)). La normativa aplicable es, no obstante, la normativa de consumo. La prueba revela que la retroexcavadora no satisface ninguna de las características expresadas en el, en aquel momento, vigente artículo 116 TRLGDCU, y frente a la presunción de contrato idóneamente cumplido (art. 116), la sola existencia de defectos preexistentes a la venta determina, conforme al artículo 123, que el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo pactado desde la entrega, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega y que, salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea este nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad. Según el tribunal, en el caso, ni se ha probado la condición del comprador de experto en mecánica de este tipo de vehículos —el actor es camionero— ni la causa de resolución obedece a todas esas imperfecciones conocidas sino a otras muchas y más graves que determinaron que el vehículo no llegara a funcionar, salvo que se acometiera una reparación muy superior al precio de adquisición. No procediendo pues ni la reparación ni la sustitución, la AP entiende que procede la resolución del contrato acompañada del reembolso de la cantidad satisfecha en reparaciones a modo de indemnización.

- La SAP de Barcelona (Sección 13.^a) de 4 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 38466) que conoce de un supuesto en que se había celebrado un contrato de compraventa de una embarcación con un peso ofertado determinado de 4700 kg —que era el peso con el que se publicitaba— que no correspondía con el peso de la embarcación finalmente entregada, la cual pesaba unos 400 kg más; el pago se realizó por el intermediario a sabiendas tanto del fabricante como del intermediario en la compraventa de que el peso no se ajustaba a lo convenido; consta el intercambio de correos electrónicos entre el comprador, el intermediario y el fabricante en los que se reflejan las quejas al respecto del comprador, pero finalmente, conociendo el

desajuste en el peso de la embarcación, la recibe y no manifiesta su falta de conformidad hasta dos meses después. Instada la resolución del contrato por parte del comprador basada en un incumplimiento grave y relevante de la obligación del vendedor, de acuerdo con los artículos 118 y 121 TRLGDCU, en relación con el artículo 1124 del Código Civil, el tribunal entiende que no procede estimar el recurso interpuesto por el comprador pues no se ha probado que el objeto del contrato fuera la compra de una embarcación apta para participar en regatas «*up and down*», regatas barlovento/sotavento, profesionales, o de alto rendimiento, por lo que la entrega ha sido conforme con lo pactado en el contrato⁶⁹; si ha quedado acreditado, en cambio, que la embarcación es perfectamente útil para participar en regatas a nivel amateur, y que hasta la fecha la embarcación adquirida por el demandante ha sido utilizada conforme a su destino, por lo que no procede la resolución que se pretendía con la demanda. Pero... ¿y si se hubiera acreditado que efectivamente el comprador quería la embarcación para participar en regatas profesionales? Según el nuevo artículo 119 e) TRLGDCU y el artículo 621-40c), si la falta de conformidad es de tal gravedad que justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato, se podría instar directamente los remedios que, hasta ahora, hemos considerado de segundo grado: rebaja del precio o resolución del contrato.

IV. MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES PARA MANTENER LA CONFORMIDAD

Refiriéndose a los supuestos en los que se haya establecido en el contrato que el suministro de los contenidos o servicios digitales, o el acceso a estos por parte del consumidor o usuario, ha de garantizarse durante un período de tiempo, el artículo 126 TRLGDCU faculta al empresario para modificar los contenidos o servicios digitales «*más allá de lo necesario para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales*» en relación con los requisitos subjetivos y objetivos que se expresan en los artículos 115bis y 115ter del referido texto legal. Parece, por tanto, que no tendrá dicha facultad cuando los contenidos o servicios digitales se hayan suministrado en un único acto o en una serie de actos individuales⁷⁰.

Para que el empresario pueda llevar a cabo dicha modificación, es necesario que se cumplan, de forma cumulativa, los requisitos que siguen:

a) que el contrato permita tal modificación y proporcione una razón válida para realizarla.

b) que la modificación no suponga coste adicional alguno para el consumidor o usuario.

c) que el consumidor o usuario sea informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación.

d) que, en caso de que el consumidor o usuario tenga derecho a resolver el contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 bis, se informe al consumidor o usuario, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato, o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación con arreglo al apartado 4 de dicho artículo⁷¹.

A nuestro modo de ver, el requisito exigido en cuarto lugar no puede desvincularse de los anteriores, de tal forma que solo resulte aplicable cuando el consumidor tenga derecho a resolver el contrato; lo que a nuestro juicio debería exigir el precepto es que se informe al consumidor o usuario de forma clara y comprensible, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y, en su caso, de su derecho a resolver el contrato (con indicación de los requisitos correspondientes) o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación. Esto es precisamente lo que hace el legislador catalán, al establecer en el artículo 621-70.1 CCCat, que: *«Si el contrato establece que el suministro de los contenidos o servicios digitales o su acceso por parte del adquirente se tiene que garantizar durante un período de tiempo determinado⁷², el suministrador los puede modificar, a pesar de no ser necesario para mantener la conformidad, si se cumplen los requisitos siguientes:*

a) El contrato ha previsto la posibilidad de realizar esta modificación y expresa las causas justificadas que la permiten.

b) La modificación se realiza sin costes adicionales para el adquirente.

c) El adquirente ha sido informado de forma clara, comprensible y con una antelación razonable sobre las características y el momento de la modificación, así como de la posibilidad de mantener los contenidos o los servicios digitales sin esta modificación y de la facultad de resolver el contrato en el caso establecido por el apartado 2 de este artículo».

Como vemos, es el empresario el que decide cuándo y cómo modifica los contenidos o servicios digitales, mas... ¿hasta dónde puede modificarlos? En este punto, ambos preceptos son ciertamente indeterminados: *«más allá de lo necesario para mantener la conformidad»* —dice textualmente el artículo 126 TRLGDCU— y, *«a pesar de no ser necesario para mantener la conformidad»* —puntualiza el artículo 621-70.1 CCCat—. Desde la doctrina, prestando

atención a la trasposición efectuada a través de la reforma del TRLGDCU, se ha señalado que no parece que el empresario tenga una potestad ilimitada para modificar los contenidos o servicios digitales, máxime, si tenemos en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones, los contratos que firman los consumidores y usuarios son contratos de adhesión. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, FERRER GUARDIOLA, quien considera que esta facultad del empresario «encuentra el límite inmediato en el contenido del contrato y en los requisitos subjetivos y objetivos en él recogidos»; por el motivo que sea, el empresario advierte que se va a producir «una variación en relación con los requisitos subjetivos y objetivos que sirvieron de presupuesto para que el consumidor decidiera contratar el suministro de unos determinados contenidos o servicios digitales y, ante tal variación, antes de que los requisitos decaigan, decide modificar los contenidos o servicios digitales para dar cumplimiento a los intereses del consumidor»; dicho en otras palabras, la facultad de modificación de los contenidos o servicios digitales que el artículo 126 TRLGDC confiere al empresario debe entenderse referida al mantenimiento de los términos iniciales del contrato ante cualquier eventual variación de los requisitos subjetivos u objetivos⁷³. Por nuestra parte, a la vista de la amplitud con que en ambos preceptos (el estatal y el catalán) se faculta al empresario para modificar los contenidos (más allá de lo que sea necesario/aunque no sea necesario para mantener la conformidad), creemos que el límite debería buscarse en el juego de los artículos 126 bis TRLGDCU y 621-70.2 y 3 CCCat; es decir, a nuestro juicio, habría que diferenciar modificaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales y modificaciones innecesarias a tal fin, y entender que el empresario puede modificarlos con absoluta libertad si es necesario para mantener la conformidad, aunque ello suponga que el consumidor o usuario no pueda ya acceder a o utilizar esos contenidos y pueda instar la resolución del contrato; en cambio, cuando la modificación no sea necesaria para mantener la conformidad, deberá facilitar el mantenimiento, sin costes adicionales, de los contenidos o servicios sin la modificación, pues estos seguirían siendo conformes con el contrato.

V. UNA CUESTIÓN NUEVA: VALORACIÓN DE LA CONFIANZA DEL CONSUMIDOR EN LA CAPACIDAD DEL EMPRESARIO DE PONER EN CONFORMIDAD EL BIEN

Aunque con la nueva regulación se facilita el acceso a los remedios de segundo grado, lo cierto es que no ha terminado con el debate en torno a los intentos de puesta en conformidad por parte del empresario que debe soportar el consumidor.

Los artículos 13.4.b) de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4c) de la Directiva (UE) 2019/770 dicen claramente que el consumidor podrá acogerse a los remedios del segundo nivel si subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor/empresario de poner los bienes/los contenidos o servicios digitales en conformidad. El considerando núm. 52 de la Directiva (UE) 2019/771⁷⁴, tras indicar que deben valorarse objetivamente todas las circunstancias concurrentes, por su parte, introduce un elemento subjetivo que depende exclusivamente del consumidor y que —como señala IZQUIERDO GRAU— debe tenerse muy presente para valorar si está obligado a soportar nuevos intentos para subsanar la conformidad: su confianza en el vendedor⁷⁵. Y algo parecido sucede con el considerando núm. 65 de la Directiva (UE) 2019/770, cuando señala que, en determinadas situaciones, como por ejemplo «cuando no quepa esperar que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad», está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente⁷⁶.

Pues bien, según el considerando núm. 52 de la Directiva (UE) 2019/771, tratándose de bienes caros o complejos, la apreciación de una falta de conformidad podría justificar que el consumidor permita al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad; tratándose de bienes de escaso valor, en cambio, ulteriores intentos de reparación podrían causar mayores inconvenientes al consumidor. Mas, aunque objetivamente sea razonable permitir al vendedor subsanar la falta de conformidad, lo cierto es que la confianza del consumidor en el vendedor constituye un elemento que puede ser determinante para que aquel se pueda acoger a los remedios del segundo nivel, algo que habrá de determinar caso por caso a la vista de todas las circunstancias, la naturaleza del bien y la importancia de la falta de conformidad. Se incorpora así un elemento de carácter subjetivo para conseguir la efectiva protección del consumidor cuando se ha apreciado una nueva falta de conformidad.

Pero, es que es posible que la falta de conformidad sea la misma que comunicó el consumidor cuando se percató de ella; es decir, es posible que la reparación efectuada por el vendedor no haya servido para poner en conformidad el bien, apreciándose —si no el mismo defecto— otro estrechamente conectado con él. El considerando núm. 52 de la Directiva (UE) 2019/771 alude expresamente a este supuesto cuando habla de un mismo problema que se presenta dos veces. ¿Cabe esperar, en estos supuestos, que el consumidor mantenga la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad del bien? Parece que no y que la opción de acudir a los remedios del segundo nivel estaría justificada. Ahora bien, en los casos en los que la nueva falta de conformidad no presente ninguna relación con

la anterior y, por tanto, el consumidor no tenga por qué desconfiar objetivamente de la capacidad del vendedor de subsanar el defecto, el ejercicio de un remedio del segundo nivel podría ser más gravoso e injusto para el vendedor⁷⁷.

¿Y si no se trata del mismo problema, pero es un problema grave o un problema que impide hacer un uso normal del bien? También en estos casos es probable que el consumidor no pueda mantener la confianza en la capacidad del vendedor de poner en conformidad el bien; sin embargo, la necesidad de que se trate de un problema grave o que impida hacer un uso normal del bien, hace pensar que la pérdida de confianza en el vendedor en estos casos debe valorarse de forma restrictiva.

Tales previsiones contribuyen a reforzar la posición del consumidor en detrimento del vendedor, que ha incumplido en más de una ocasión su obligación de entregar un bien conforme con el contrato⁷⁸.

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA

A la vista de los problemas de prueba que pueden suscitarse, conviene finalizar este trabajo haciendo referencia a la carga de la prueba, pues también, en este ámbito, encontramos algunos cambios.

Las Directivas (UE) 2019/771 y 2019/770 atribuyen la carga de la prueba al empresario; el consumidor tiene que demostrar que el bien no es conforme o, en su caso, que se ha incorporado algún pacto específico en el contrato, pero no está obligado a demostrar que la falta de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales existía ya en el momento pertinente para establecer la conformidad. Ante una eventual reclamación del consumidor, es el vendedor/empresario el que tendrá que demostrar que la falta de conformidad no existía en aquel momento⁷⁹.

Veamos cómo se articula esta presunción en nuestro ordenamiento tras la trasposición de las precitadas Directivas en función del tipo de contrato ante el que nos encontremos:

1. CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES (INCLUIDOS, LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES)

El artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/771, al regular la Carga de la prueba, presume que cualquier falta de conformidad que se manifieste en el plazo de un año a partir del momento de la entrega de los bienes, existía ya al tiempo de la entrega de los bienes, salvo que se demuestre lo contrario o que dicha presunción resulte incompatible con la naturaleza de los bienes

o con la índole de la falta de conformidad⁸⁰, y aclara que dicha presunción resulta aplicable también a los bienes con elementos digitales. Aunque como venimos diciendo es una Directiva de armonización plena, en este ámbito, ofrece cierto margen de maniobra a los Estados miembros permitiéndoles mantener o introducir un plazo de dos años (en vez de uno) a partir de la fecha de entrega de los bienes.

Pues bien, haciendo uso de la facultad conferida por el legislador comunitario, el legislador español —tanto el estatal como el catalán— han ampliado al máximo el plazo de la presunción del carácter originario de la falta de conformidad. Conforme al nuevo artículo 121.1 TRLGDCU, producida la falta de conformidad en los dos años siguientes a contar desde la entrega del bien⁸¹, se presume que existía ya al tiempo en que se entregó el bien, salvo que dicha presunción resulte incompatible con la naturaleza del bien o la índole («tipo» —dice el precepto catalán) de la falta de conformidad. Se trata de una presunción *iuris tantum*. Hermana es la previsión del artículo 621-24.1 CCCat, si bien el precepto catalán no alude únicamente a la entrega del bien como momento de inicio del cómputo sino también a la instalación, precisando que, en el caso contemplado en el artículo 621-21.1b) —esto es, supuesto en que la falta de conformidad deriva de una instalación incorrecta que fue realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales— ese plazo de dos años se computa a partir del momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación.

También se aprecian diferencias en nuestra normativa interna en torno al trato dispensado a los bienes de segunda mano; con relación a este tipo de bienes, el artículo 121.1, párrafo 2.º, TRLGDCU determina que el empresario y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo de presunción menor al de dos años que acabamos de indicar, si bien, en ningún caso, podrá ser inferior al período de responsabilidad pactado por la falta de conformidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.1 TRLGDCU; esto es, en ningún caso podrá ser inferior a un año; dicho con otras palabras, el plazo mínimo de garantía en estos casos (recuérdese que puede pactarse uno mayor) coincide con el plazo de presunción sobre la preexistencia de la falta de conformidad. Tal circunstancia ha suscitado algunas críticas en la doctrina; así, por ej. CASTILLA BAREA considera que no tiene sentido, pues la norma no obliga a presumir el carácter originario de los defectos durante todo el tiempo de la garantía en el caso de los bienes nuevos; en su opinión, lo que quería decir el legislador, en realidad, es «que el plazo de presunción del carácter originario de los defectos en los bienes de segunda mano no podía ser inferior a un año, aunque el plazo de duración estipulado para la manifestación de los defectos en esos mismos bienes sea mayor», por lo que propone una corrección de la actual redacción⁸². La realidad es

que el legislador estatal se ha limitado a recoger algo que le permite el artículo 10.6 Directiva (UE) 2019/771, precepto que faculta expresamente a los Estados miembros para «*disponer que, en el caso de los bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor puedan convenir términos contractuales o pactos con un período de responsabilidad o plazo de prescripción más breve que los previstos en los apartados 1, 2 y 5, siempre que ese período o plazo más breve no sea inferior a un año*». El legislador catalán, en cambio, ha optado por no admitir pacto alguno a efectos del juego de esta presunción cuando nos encontramos ante bienes de segunda mano; determina que, aunque se haya pactado una reducción del plazo de garantía (del plazo de responsabilidad del vendedor), el plazo de la presunción será siempre de un año (art. 321-24.3 CCCat).

Por lo que se refiere a los bienes con elementos digitales, habiéndose pactado el suministro continuo durante un período de tiempo determinado, el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/771 determina que la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 10.2 recaerá en el vendedor cuando la falta de conformidad se manifieste en el período señalado en dicho artículo (es decir, dos años, salvo que el contrato estableciera el suministro continuo durante más de dos años, en cuyo caso el vendedor sería responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produjera o se manifestase dentro del plazo durante el cual debían suministrarse los contenidos digitales o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa). Respetando lo previsto en la Directiva y siendo coherente con la ampliación del plazo de garantía en la compraventa de bienes, el nuevo artículo 121.2 TRLGDCU atribuye la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 120.2 (esto es, el plazo durante el cual deben suministrarse, teniendo en cuenta que si es inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a contar desde el momento de la entrega)⁸³ al empresario cuando la falta de conformidad se manifieste en dicho período de tiempo (art. 121.2 TRLGDCU). Aunque difiere la redacción, el planteamiento del artículo 621-24.2 CCCat es similar; según este precepto, «*En la compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado, la presunción de falta de conformidad de los elementos digitales se extiende a todo el período señalado por el artículo 621-23*»; este último artículo contempla un plazo de responsabilidad de tres años cuando habla de la compraventa de bienes con carácter general —que entendemos aplicable también a la compraventa de bienes con elementos digitales cuando la duración del suministro es inferior a tres años—, pero puntualiza que, si la duración del suministro superara los tres años, el vendedor responderá por la falta de conformidad que se manifieste durante todo el período. Como

puede verse, tanto el legislador estatal como el catalán, bajo el paraguas del artículo 10.3 de la Directiva (UE) 2019/771, han fijado un plazo más largo: tres años, en vez de dos.

2. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

El artículo 12, párrafo 1.º, de la Directiva (UE) 2019/770 es claro al atribuir al empresario la carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales se suministraron de conformidad con el artículo 5. Los plazos en que opera la presunción, sin embargo, varían en función de que el suministro se realice en un único acto o en una serie de actos individuales o se efectúe de forma continuada durante un período de tiempo.

A) *Suministro en un único acto o en una serie de actos individuales*

Conforme al nuevo artículo 121.1 TRLGDCU —fiel al artículo 12, párrafo 2.º, de la Directiva (UE) 2019/770⁸⁴—, producida la falta de conformidad en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, se presume que existía ya al tiempo en que se suministró el contenido o servicio digital. Al igual que en el caso de la compraventa de bienes, estamos ante una presunción *iuris tantum*. Idéntico plazo se fija en el artículo 621-73.3 CCCat⁸⁵.

B) *Suministro continuado*

En el caso de los contenidos o servicios digitales, habiéndose pactado el suministro continuo durante un período de tiempo determinado, siguiendo escrupulosamente lo previsto en el artículo 12, párrafo 3.º, de la Directiva (UE) 2019/770⁸⁶, el artículo 121.2 TRLGDCU determina que la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 120.2 (por tanto, durante el plazo a lo largo del cual deben suministrarse) recaerá sobre el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste en dicho período de tiempo. Semejante es el tenor del artículo 621-74.2 CCCat: «*En los contratos de consumo se presume que el contenido o servicio digital no se prestaron conformes al contrato si la falta de conformidad se manifiesta durante el período del suministro*».

C) La excepción que confirma la regla y la obligación de cooperación del consumidor o usuario

En línea con lo dispuesto en los artículos 12.4 y 12.5 de la Directiva (UE) 2019/770, el artículo 121.3 TRLGDCU determina que las previsiones que acabamos de exponer no resultan aplicables cuando —tratándose del suministro de contenidos o servicios digitales⁸⁷— el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor o usuario no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, y hubiese informado al consumidor o usuario sobre dichos requisitos técnicos de forma clara y comprensible antes de la celebración del contrato. Especial interés tiene, a estos efectos, la obligación de cooperación del consumidor o usuario que se consagra en el artículo 121.4 TRLGDCU. Según el referido precepto, el consumidor o usuario debe cooperar con el empresario «*en la medida de lo razonablemente posible y necesario*» a fin de determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el momento indicado en el artículo 120.1 o 2 (según el caso), «*radica en el entorno digital del consumidor o usuario*». Dicha obligación se limita a los «*medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor o usuario*». Ahora bien, invierte la carga de la prueba en caso de negativa por parte del consumidor o usuario si el empresario le había informado sobre dicho requisito de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato; es decir, si se dan estas dos circunstancias —negativa del consumidor o usuario y previa información (clara y comprensible) de los requisitos por el empresario— la carga de la prueba sobre si la falta de conformidad existía o no en el momento señalado en el artículo 120.1 o 2, recaerá sobre el consumidor o usuario. Paralela corre la trasposición de la Directiva en el artículo 621-75 CCCat⁸⁸.

V. CONCLUSIONES

I. Los legisladores de los Estados miembros han optado por fórmulas diferentes a la hora de trasponer las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. Dado que ambos instrumentos tienen por objeto armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales, en aras no solo a garantizar un alto nivel de protección de las personas consumidoras sino también a lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para las pequeñas y medianas empresas, y encuentran justificación en el hecho de que la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o

servicios digitales o están interconectados con ellos, consideramos adecuada la opción del legislador español (estatal) de efectuar una trasposición conjunta de ambas disposiciones comunitarias. No en vano ambas contienen previsiones coincidentes, diferenciadas únicamente cuando la naturaleza del servicio o contenido digital así lo requiere y la trasposición conjunta permite evitar reiteraciones e incrementar la seguridad jurídica en su aplicación.

II. Los criterios legales de conformidad han sido reformulados de una forma mucho más sistemática pensando en un mercado único digital; resultan, por tanto, aplicables también a los contratos de compraventa de bienes que incorporan contenidos digitales y a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. La nueva normativa diferencia requisitos subjetivos y objetivos de conformidad a los que se suma la instalación/integración incorrecta, pudiendo apreciarse en ella la primacía de los primeros.

III. El primer parámetro al que hay que atender a la hora de decidir sobre la conformidad del bien o, en su caso, del contenido o servicio digital es el programa obligacional del propio contrato (el de compraventa o el de suministro de contenidos y servicios digitales): esto es, lo que hayan pactado las partes en relación con la naturaleza, características, calidades, fines o usos del bien vendido o del contenido o servicio digital suministrado; en el caso de que el bien —o el contenido o servicio digital— no reúna todas las características expresadas en el contrato o, incluso, en la publicidad emitida al respecto, no será conforme. En este ámbito, es especialmente reseñable la incorporación de tres conceptos que se refieren a características esenciales de los bienes con elementos digitales y de los contenidos y servicios digitales: funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad.

IV. Novedad de capital importancia en este contexto es también la relativa a la necesidad de que se suministren las actualizaciones para poder entender conforme el bien o el contenido o servicio digital de que se trate. Al margen de lo que pueda haberse pactado a estos efectos en el contrato, parece claro que, tratándose de un contrato en el que se prevé un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, dichas actualizaciones deberán suministrarse durante el plazo legal de garantía; ahora bien, dicho plazo podría extenderse más allá en el caso de las actualizaciones de seguridad. Tratándose de contratos en los que se prevé que el suministro se va a producir de forma continua, cobra especial relevancia el elemento temporal, de modo que el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad sobre los bienes con elementos digitales o sobre los contenidos o servicios digitales que se produzcan o manifiesten en el período estipulado en el contrato, incluidas las propias actualizaciones; dicho período no será únicamente el plazo de tres años previstos a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales o dos en el caso del suministro de los contenidos o servicios digitales, sino también todo

el plazo hipotético superior a esos tres años en que se hubiera pactado un suministro específico dentro del contrato de compraventa o dos, si se trata de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

V. El consumidor es libre para elegir si instala las actualizaciones facilitadas o no; no obstante, si no las instala, no debe esperar que los bienes con elementos digitales o que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes. El vendedor/empresario, por su parte, debe informar al consumidor de las consecuencias que derivan de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los bienes con elementos digitales o, en su caso, de los contenidos y servicios digitales, incluidas las actualizaciones de seguridad; en otras palabras, debe informarle sobre cómo repercutirá su decisión en la responsabilidad del vendedor/empresario por la conformidad de aquellas características de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales cuya conformidad deben mantener las correspondientes actualizaciones.

VI. La necesidad de suministrar actualizaciones conecta directamente con otra noción que maneja la nueva normativa: la durabilidad de los bienes, la cual se revela fundamental para lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular. Aunque se contempla al enunciar los criterios objetivos, nada impide que la durabilidad pueda formar parte también de los subjetivos.

VII. La primacía de los requisitos subjetivos se detecta también en el momento en que se permite a las partes apartarse de los requisitos objetivos de conformidad; tal posibilidad se enuncia como excepción, pero habrá que ver cómo evoluciona la praxis contractual en el futuro. De entrada, los problemas que se aprecian tienen que ver con la prueba, pero son pocos los casos que han planteado ante nuestros tribunales.

VIII. Suscita algunas dudas la interpretación que ha de darse a la facultad del empresario de modificar los contenidos o servicios digitales, contemplada en los artículos 126 TRLGDC y 621-70.1 CCCat, dada la amplitud con que se configura en dichos textos. Aunque algún autor aboga por entender limitada esa facultad a lo que sea necesario para mantener la conformidad, creemos que el límite debería buscarse en el juego de los artículos 126 bis TRLGDCU y 621-70.2 y 3 CCCat, diferenciando entre modificaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos y servicios digitales y modificaciones innecesarias a tal fin; sobre esta base, en el caso de que la modificación sea necesaria para mantener la conformidad, el empresario gozará de absoluta libertad para modificarlos, aunque ello suponga que el consumidor o usuario no pueda ya acceder a o utilizar esos contenidos y pueda instar la resolución del contrato; en cambio, cuando la modificación no sea necesaria para mantener la conformidad, deberá facilitar el mantenimiento, sin costes adicionales, de los contenidos

o servicios sin la modificación, pues estos seguirían siendo conformes con el contrato.

IX. Valorar la confianza del consumidor en la capacidad del vendedor para poner en conformidad el bien o el contenido o servicio digital supone incorporar un elemento de carácter subjetivo —que depende única y exclusivamente del consumidor— para conseguir la efectiva protección de este cuando se ha apreciado una nueva falta de conformidad (particularmente, cuando esta es reiterada). Dicha valoración, sin embargo, puede ser determinante a fin de que el consumidor pueda acogerse a los remedios de segundo nivel, algo que habrá de determinar caso por caso a la vista de todas las circunstancias, la naturaleza del bien y la importancia de la falta de conformidad.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 7 de abril de 1993.
- SAP de Murcia de 18 de octubre de 1995.
- SAP de Navarra de 14 de enero de 1999.
- SAP de León de 6 de julio de 1999.
- SAP de Alicante de 12 de abril de 2000.
- SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 17 de septiembre de 2004.
- SAP de Cantabria (Sección 4.^a) de 6 de mayo de 2005.
- SAP de Lérida (Sección 2.^a) de 22 de marzo de 2007.
- SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 18 de mayo de 2007.
- SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 18 de diciembre de 2007.
- SAP de Castellón (Sección 1.^a) de 5 de enero de 2009.
- SAP de Lugo (Sección 1.^a) de 22 de noviembre de 2010.
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 10 de junio de 2011.
- SAP de Barcelona (Sección 13.^a) de 4 de noviembre de 2021.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea] núm. 41, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955/2408>
- (2018). El derecho a resolver el contrato de compraventa: ¿qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno? En Á. Serrano de Nicolás, (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid: Marcial Pons, 231-250.

- ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018). El règim de la conformitat en el Projecte de LLibre sisè del Codi civil de Catalunya como a causa d'incompliment a la compraventa civil. Treball de recerca del Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya. [En línea] disponible en <https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/catalog/crono/2018/llibre-sise-codi-civil/>
- AVILÉS GARCÍA, J. (2020). La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo). En L. A. Fernández Villazón (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 515-558.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2022). Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿el inicio de un nuevo régimen? *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2 abril-junio, 141-186.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad. En F. Capilla Roncero et al. (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 19-55.
- (2021). 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 (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771). *Diario La Ley*, [En línea] núm. 9881, 28 de junio de 2021. Disponible en <https://diariolaley.la-leynext.es/dll/2021/06/29/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>
- CASTILLA BAREA, M. (2021). *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MUÑOZ RODRIGO, G. (2021). De la Propuesta de Directiva, 31 de octubre de 2017, a la Directiva 2019/771, 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. [En línea] 17 de febrero de 2021. Disponible en <https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/>
- FERRER GUARDIOLA, J.A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre, 161-226.
- GARCÍA GOLDAR, M. (2021). Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 770/2019. En A. Martínez Nadal, (dir.) *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 83-113.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.I. (2015). Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del libro sexto del Código Civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos. En Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei (Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la

- Universitat de Girona (121-154). [En línea] disponible en <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/10969>
- IZQUIERDO GRAU, G. (2020). Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019. *RCDI*, núm. 779, 1591-1645.
- LASHERAS ROMERO, C. (2014). La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 35, septiembre-diciembre, 213-238.
- MARCO MOLINA, J. (2015). Los criterios legales de la conformidad con el contrato en el futuro Libro VI del *Codi civil de Catalunya*: la llamada *conformidad subjetiva* o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador. En M.R. Llácer Matacá (coord.), *La Codificación del Derecho Contractual en el Derecho Civil Catalán*. Madrid: Dykinson (193-205).
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020). La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, núm. 70, 15-29.
- (2019). Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE (1) (LA LEY 8329/2019).
- (2019). La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores. *CESCO, Publicaciones jurídicas*, [En línea] Junio 2019. Disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/portematica/comentarios-y-analisis-de-la-normativa-de-consumo/4128-la-directiva-2019-771-ue,-de-20-de-mayo,-sobre-contratos-de-compraventa-de-bienes-con-consumidores-3>
- MUÑOZ RODRIGO, G. (2022). Los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en la venta de bienes de consumo. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 3184-3229.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2021). El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos. *ADC*, tomo LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1099-1260.
- ORTI VALLEJO, A. (2002). La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo. *Revista del poder judicial*, núm. 66, 593-639.
- VAQUER ALOY, A. (2015). La conformitat en la regulació projectada de la compravenda. En Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei (Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (91-120) [En línea] disponible en <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/10968>
- (2018). La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña. En Á. Serrano de Nicolás, (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid: Marcial Pons, 215-230.

NOTAS

¹ En el ámbito doctrinal se había cuestionado la consideración de estos criterios como presunciones de conformidad, en la medida en que ello podía hacer pensar que la norma introducía una presunción legal que afectaba al reparto de la carga de la prueba sobre la presencia o no de una determinada falta de conformidad. En este sentido se afirmaba que la presunción no recaía sobre la existencia de la falta de conformidad sino sobre algunos aspectos determinados del contenido del contrato, pues todos ellos constituyen mecanismos legales de interpretación del contenido contractual descrito en la ley; es decir, se presume que el contrato tiene el contenido previsto en el viejo artículo 116.1 TRLGDCU. Sobre esta base, se afirmaba en relación con el anterior artículo 116.1 TRLGDCU que contenía «distintos criterios legales de integración del contrato, que sirven para completarlo o, en su caso, corregirlo; lo que la ley presumía, por tanto, era que las partes contratantes habían querido que los bienes vendidos tuvieran las características, cualidades, prestaciones y usos que se enumeran dentro del mismo». Así lo recuerda AVILÉS GARCÍA, J. (2020). La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo). En L.A. Fernández Villazón (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 537; en términos similares se pronuncia MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores. *CESCO, Publicaciones jurídicas*, [En línea] junio de 2019. Disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/comentarios-y-analisis-de-la-normativa-de-consumo/4128-la-directiva-2019-771-ue,-de-20-de-mayo,-sobre-contratos-de-compraventa-de-bienes-con-consumidores-3>

² Como se pone de relieve en el considerando núm. 5 Directiva (UE) 2019/771, la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a estos bienes obedece a la necesidad de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores y aumentar la seguridad jurídica en torno a las normas aplicables a los contratos de compraventa de dichos productos ante el incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o están interconectados con ellos.

³ Es el caso, por ej., de AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.*, 536 y 537.

⁴ Así lo resalta OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2021). El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos. *ADC*, tomo LXXIV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1169.

⁵ La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015, en cambio, daba preeminencia absoluta a la hora de evaluar las faltas de conformidad a lo estipulado en el contrato; es decir, establecía únicamente parámetros subjetivos de conformidad, sin preservar las legítimas expectativas de los usuarios por vía de requisitos objetivos de conformidad, lo que motivó duras críticas desde la doctrina. Muestra de ello es CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad». En F. Capilla Roncero et al. (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 37-39, especialmente.

⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE (1) (LA LEY 8329/2019). En parecidos términos se pronuncian CASTILLA BAREA, M. (2021). *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*. Cizur Menor: Aranzadi, 110; AVILÉS GARCÍA, J. *op. cit.*, 538.

⁷ Para autores como CÁMARA LAPUENTE, S. (2021). 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 (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771) (1). *Diario La Ley*, [En línea] núm. 9881, 28 de junio de 2021, Disponible

en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/06/29/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>, la opción de refundir ambas Directivas en los mismos preceptos del TRLGDCU es una decisión de economía legislativa correcta, pero conviene revisar algunos posibles desenfoques, que derivan del uso del término único y genérico del término «empresario» —empleado por la Directiva 2019/770 para referirse al suministrador de los contenidos o servicios digitales— cuando la regla en cuestión debe imponer un deber o responsabilidad propiamente al «vendedor» —que es el término empleado por la Directiva 2019/771 de los bienes con elementos digitales—; también se aprecian desajustes en la delimitación de la entrada en vigor de la norma, por ej. Otros autores, en cambio, se muestran particularmente críticos con la forma en que se ha llevado a cabo la trasposición; es el caso de ARROYO AMAYUELAS, E. (2022). Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea] núm. 41, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955/2408>

⁸ Artículo 621-21.1 CCCat se refiere también a la conformidad en la instalación: «Cualquier falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta se considera una falta de conformidad del bien si la instalación:

a) Formaba parte del contrato de compraventa y fue realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad; o

b) Fue realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales».

⁹ Artículo 621-71 CCCat: al fijar los criterios para determinar la conformidad en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales, establece: «Los contenidos y servicios digitales tienen que ser conformes al contrato de acuerdo con los criterios establecidos por el artículo 621-20 y se suministran en la versión más reciente disponible en el momento de la conclusión del contrato. Las partes pueden pactar, incluso en los contratos de consumo, que la versión suministrada no sea la más reciente».

¹⁰ Tras hacerse eco de las críticas vertidas particularmente desde la doctrina francesa por el establecimiento de este nivel de armonización, GARCÍA GOLDAR, M. (2021). Plataformas para el suministro de contenidos y servicios digitales: reflexiones de la Directiva (UE) 770/2019. En A. Martínez Nadal, (dir.) *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 90 y 91, considera loable este nivel de armonización máximo, aunque lamenta que hayan quedado fuera de este proceso de uniformización algunos asuntos que, a sus ojos, eran necesarios.

¹¹ Como señala CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 108, los criterios objetivos, en cambio, toman como referencia los estándares de normalidad de los bienes en un sentido general o derivados de la reglamentación jurídica de ciertas características de los mismos (ej. la utilidad normalmente desempeñada por bienes del mismo tipo, las exigencias derivadas de normas técnicas, contenido exigible del etiquetado...). VAQUER ALOÏ, A. (2018). La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña. En A. Serrano de Nicolás (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*. Madrid: Marcial Pons, 218, refiriéndose a los criterios de conformidad contemplados en el anterior artículo 621-20 CCCat, señalaba que dicho precepto intentaba «combinar criterios de conformidad más objetivos, mediante la remisión a lo que acordaron las partes, con otro más subjetivo consistente en la llamada a las expectativas del comprador». Este tinte subjetivo no implica que el comprador pueda decidir a su arbitrio si la prestación es conforme o no, pero sí que sus anhelos se incrustan en la prestación ideal y devienen determinantes de la existencia de conformidad y, por ende, del cumplimiento del contrato.

¹² Concretamente, en el artículo 2.2.a) y b) de la Directiva 1999/44/CE.

¹³ AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.*, 539.

¹⁴ Considerando núm. 26 Directiva (UE) 2019/771 Añade a esos requisitos: «Los requisitos del contrato de compraventa deben incluir los que resulten de la información

precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato de compraventa».

Considerando núm. 42 Directiva (UE) 2019/770 *in fine*: «Los requisitos del contrato deben incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato. Dichos requisitos también podrían establecerse en un acuerdo de nivel de servicio cuando, con arreglo al Derecho nacional aplicable, dicho tipo de acuerdos forme parte de la relación contractual entre el consumidor y el empresario».

¹⁵ Artículo 61 TRLGDCU, bajo la rúbrica, «Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato», determina:

1. «La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

¹⁶ La Directiva (UE) 2019/771 utiliza más ejemplos: un teléfono inteligente, que se presenta con una aplicación normalizada preinstalada que se suministra en virtud del contrato de compraventa, tales como una aplicación de alarma o una aplicación de cámara; un reloj de pulsera inteligente, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa, pero que el consumidor ha de descargar en un teléfono inteligente. La aplicación es el elemento digital interconectado.

¹⁷ Mostramos nuestro acuerdo en este punto con AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.*, 534.

¹⁸ Convenimos con CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 112, en que, aunque ciertamente las posibles funcionalidades de los bienes se multiplican cuando incorporan elementos digitales, este concepto no debe restringirse a los bienes con elementos digitales. Si una batidora —sin elemento digital incorporado— no muele correctamente, carecerá de funcionalidad y no podrá entenderse conforme con el contrato.

¹⁹ Como ponen de relieve DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MUÑOZ RODRIGO, G. (2021). De la Propuesta de Directiva, 31 de octubre de 2017, a la Directiva 2019/771, 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. [En línea] 17 de febrero de 2021. Disponible en <https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/>, se trata de una característica olvidada hasta ahora por la legislación de consumo pero de suma importancia en la sociedad digital; un bien caro y potente puede resultar completamente inservible si es incompatible con otros dispositivos que poseemos. Ej. auriculares «Wireless» que contienen «software» y precisan para su emparejamiento con otros bienes informáticos.

²⁰ La proximidad entre este concepto y el de «compatibilidad» es evidenciada en la doctrina, entre otros por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y MUÑOZ RODRIGO, G., *op. cit.*; CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 112, nota al pie núm. 81; MUÑOZ RODRIGO, G. (2022). Los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en la venta de bienes de consumo. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 3195.

²¹ Artículo 621-20.3 CCCat: «Se entiende por:

a) *Compatibilidad*: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos o programas con que se utilizan normalmente los contenidos digitales del mismo tipo sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales.

b) *Funcionalidad: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad.*

c) *Interoperabilidad: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos o programas diferentes de aquellos con los que se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo».*

²² AVILÉS GARCÍA, J. *op. cit.*, 541. La cursiva es del propio autor.

²³ No en vano, el precepto hace referencia a «las demás características» a modo de cláusula de cierre.

²⁴ Ej. si tratándose de bienes genéricos y determinados en cuanto a su porción, proporción o unidad de medida o de bienes específicos y se hubiera pactado la entrega de un número concreto de unidades, el hecho de que se entreguen más —y especialmente de que se entreguen menos— supondrían la falta de conformidad del contrato.

Ej. si tratándose de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, se hubiera pactado el acceso a un número determinado de archivos musicales, se hubiera estipulado una determinada resolución para las imágenes o se hubiera convenido el suministro de los contenidos en un determinado idioma o en una versión concreta, el hecho de que se facilite el acceso a un número diferente de archivos (mayor o menor), que la resolución de las imágenes suministradas no se corresponda con la pactada o se suministren los datos en un idioma o en una versión diferente determinaría la falta de conformidad.

²⁵ El artículo 115.6 ter TRLGDCU, al regular los requisitos objetivos de conformidad, establece: «*Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato*». En Cataluña, el artículo 621-71 CCCat, cuando se refiere a los criterios para determinar la conformidad en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales, tras remitir a los criterios de conformidad establecidos en el artículo 621-20, señala que los contenidos y servicios digitales han de suministrarse en la versión más reciente disponible en el momento de la conclusión del contrato. Ahora bien, «*Las partes pueden pactar, incluso en los contratos de consumo, que la versión suministrada no sea la más reciente*».

²⁶ Al realizarse la trasposición conjunta de ambas Directivas, se evita emplear el término más específico «vendedor» de la Directiva (UE) 2019/771 y se utiliza el más genérico —«empresario»— que aparecía en la Directiva (UE) 2019/770.

²⁷ En Cataluña, artículo 621-20.1c) CCCat.

²⁸ Así lo resalta también CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 115.

²⁹ Al hilo del anterior artículo 621-20.1c) CCCat, aunque sus palabras pueden predicarse igualmente del nuevo artículo 621-20.1b), VAQUER ALOY, A. (2018), *op. cit.*, 225, afirmaba: «si no se ha pactado nada en relación con las instrucciones, no hay conformidad si por lo menos no se entregan al comprador las instrucciones de uso y funcionamiento, consumo, manejo e instalación; salvo que se trate de las instrucciones de instalación cuando esta corresponda al mismo vendedor; si no se ha pactado otra cosa». A la inexistencia de instrucciones equipara el autor su entrega en lengua no oficial.

No en vano, dicho precepto debe analizarse junto con el artículo 621-22 CCCat (no afectado por la reforma de 2021), según el cual: «*La falta de entrega de los accesorios, las instrucciones de uso, consumo y manejo, especialmente las relativas a la instalación o el funcionamiento, o cualquier otro documento que razonablemente el comprador puede esperar obtener de acuerdo con el contrato conlleva falta de conformidad*». Dos observaciones en punto a este último precepto: 1) la enumeración de instrucciones que contiene tiene carácter meramente enunciativo; no se mencionan, por ej., las instrucciones de conservación o mantenimiento; 2) no prevé la inderogabilidad de la norma que recoge en el marco de las ventas de consumo, a diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 621-21.2 CCCat en el ámbito de la instalación.

³⁰ Artículo 115 quater TRLGDCU: «La falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor o usuario se equipará a la falta de conformidad, cuando se dé alguna de las siguientes condiciones: (...) b) En el contrato esté previsto que la instalación o la integración la realice el consumidor o usuario, haya sido realizada por este y la instalación o la integración incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el empresario». Convenimos con ARROYO AMAYUELAS, E. (2022), *op. cit.*, 14 y 15, en que este precepto es un claro ejemplo de mala escritura por cuanto alude «dos veces seguidas al empresario que proporciona instrucciones, además de diferenciar innecesariamente entre instalar (bienes) e integrar (contenidos digitales). Se diría que la falta o deficiente integración en el entorno digital (art. 59 bis 1 letra n TR-LGDCU) no es sino una consecuencia o efecto posterior de la instalación de los elementos digitales. Bastaría, pues, referirse a la deficiente instalación. Esa es también la expresión que utiliza el legislador europeo cuando se refiere a la incorporación de elementos digitales en bienes (Cdo 34, artículo 8 letra b DCV) o cuando alude a las actualizaciones (art. 8.3 DCD, art. 7.4 DCV). Sin embargo, el artículo 9 DCD (rúbrica y letras a y b) recurre a la «integración» de los contenidos o servicios digitales y es esa versión la que el legislador español sigue al pie de la letra, de manera que, al final, instalar e integrar se acumulan innecesariamente y de forma reiterada en el precepto; precepto que, como se ha dicho, también acumula empresarios que son partes de contratos distintos y, por ende, indistinguibles, con la consiguiente dificultad de apereamiento de quién es la parte contractual contra la cual debe el consumidor entablar su reclamación».

Artículo 621-21.1 CCCat: *Conformidad en la instalación*: «Cualquier falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta se considera una falta de conformidad del bien si la instalación: (...) b) Fue realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor o del proveedor de los elementos digitales».

Artículo 621-72 CCCat: *Integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales*.

1. «Cualquier falta de conformidad derivada de la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del adquirente se tiene que considerar una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales si:

a) Fueron integrados por el suministrador o bajo su responsabilidad en virtud del mismo contrato de suministro;

b) Fueron integrados por el adquirente y la integración incorrecta fue causada por las instrucciones deficientes proporcionadas por el suministrador».

³¹ CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 115. Pone como ejemplo, en la nota al pie núm. 91, la compra de una aspiradora para uso doméstico, que viene provista de diversos accesorios para aplicar la aspiración a sofás, suelos de piedra o madera...

³² Considerando núm. 28 Directiva (UE) 2019/771: *Dado que los contenidos y servicios digitales incorporados a bienes o interconectados con estos se encuentran en constante desarrollo, los vendedores pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones para dichos bienes. Las actualizaciones, tal como se estipulen en el contrato de compraventa, pueden mejorar y reforzar el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales, ampliar sus funcionalidades, adaptarlo a los avances técnicos, protegerlo frente a las nuevas amenazas para la seguridad o servir a otros fines. Por lo tanto, la conformidad de los bienes con los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados con ellos también debe evaluarse en función de si el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales está actualizado de la forma en que se haya estipulado en el contrato de compraventa. La falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato de compraventa debe considerarse una falta de conformidad de los bienes. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los bienes, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato de compraventa.*

Considerando núm. 44 Directiva (UE) 2019/770: *Dado que los contenidos y servicios digitales se encuentran en constante desarrollo, los empresarios pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones y características a medida que vayan estando disponibles. Por tanto, la conformidad de los contenidos o servicios digitales también debe evaluarse en función de si estos están actualizados de la forma en que se haya estipulado en el contrato. La falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato.*

³³ Artículo 117.2 TRLGDCU: *Cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente, en el supuesto de su falta de conformidad, las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato.*

³⁴ No en vano, sin actualizaciones de seguridad —ya sean las pactadas en el contrato, ya sean las contempladas en el marco de los requisitos de carácter objetivo del artículo 115.2 ter—, es muy probable que el dispositivo en cuestión sea víctima de «malware» como virus, troyanos, «spyware», etc.

³⁵ Artículo 621-23 CCCat: *Exigencia y plazos de la conformidad.*

1. *«El vendedor responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien o de su completa instalación y se manifieste durante los tres años siguientes. En el caso del artículo 621-21.1.b), este plazo se computa a partir del momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación.*

2. *En el caso de compraventa de bienes con elementos digitales de suministro continuado durante un periodo superior a los tres años, el vendedor responde por la falta de conformidad que se manifieste durante todo el periodo. (...)»*

³⁶ En términos similares, aunque refiriéndose únicamente a la Directiva (UE) 2019/771, se pronuncia AVILÉS GARCÍA, J., *op. cit.*, 548.

³⁷ La precisión en el contrato del periodo de tiempo mínimo durante el cual están aseguradas las actualizaciones —particularmente, las de seguridad de los sistemas operativos— abunda en el logro de una mayor transparencia de los proveedores y los fabricantes. En tal sentido pueden verse los considerandos núm. 37 y núm. 38 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (DOCE, 19 de agosto de 2018).

³⁸ El plazo fijado en la Directiva era de dos años.

³⁹ Artículo 621-23.1 CCCat, bajo la rúbrica «Exigencia y plazos de la conformidad», establece *«El vendedor responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien o de su completa instalación y se manifieste durante los tres años siguientes. En el caso del artículo 621-21.1.b), este plazo se computa a partir del momento en que razonablemente se podría entender hecha la instalación».*

⁴⁰ Artículo 621-73 CCCat: *«Plazo de responsabilidad en el suministro en acto único o varios actos individuales».*

1. *«Cuando el suministro se produzca en un acto único o en una serie de actos individuales, el suministrador es responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que exista en el momento de su puesta a disposición, a menos que la falta de conformidad sea consecuencia de no haber facilitado las actualizaciones correspondientes, en cuyo caso es también responsable de la falta de conformidad que se derive.*

2. *El suministrador responde de la falta de conformidad que se manifieste durante los dos años siguientes a la puesta a disposición o, en el caso del artículo 621-72, a la completa integración del bien.*

3. (...)»

⁴¹ Considerando núm. 31 Directiva (UE) 2019/771, *in fine*: «(...) Un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el periodo durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas razonables del consumidor podrían extenderse más allá de dicho periodo, como podría ser el caso, en particular, en lo que respecta a las actualizaciones de seguridad. En otros casos, por ejemplo en relación con bienes con elementos digitales con una finalidad limitada en el tiempo, la obligación del vendedor de facilitar actualizaciones normalmente estaría limitada a ese periodo de tiempo».

⁴² El Considerando núm. 47 Directiva (UE) 2019/770 comienza diciendo: «Durante el periodo de tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar, el empresario debe facilitar al consumidor actualizaciones, en particular, actualizaciones de seguridad, con el fin de mantener la conformidad y seguridad de los contenidos o servicios digitales. Por ejemplo, en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales, cuya finalidad es limitada en el tiempo, la obligación de facilitar actualizaciones debe limitarse a ese periodo de tiempo, mientras que para otros tipos de contenidos o servicios digitales, el periodo durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría ser igual al periodo de responsabilidad por falta de conformidad o ampliarse más allá del mismo, que podría ser el caso, en particular, de las actualizaciones de seguridad».

⁴³ En este punto, cabe llamar la atención sobre los siguientes considerandos:

— Considerando núm. 37 Directiva (UE) 2019/771: (...) cuando los contenidos o servicios digitales incorporados a los bienes o interconectados con estos deban suministrarse de forma continua durante un periodo de tiempo, el momento pertinente a los efectos de establecer la conformidad de un elemento de dichos contenidos o servicios digitales no debe ser un momento concreto, sino un periodo de tiempo a partir del momento de la entrega. Por razones de seguridad jurídica, dicho periodo de tiempo debe ser igual al periodo durante el cual el vendedor sea responsable de la falta de conformidad.

— Considerando núm. 41 Directiva (UE) 2019/771: (...) cuando el contrato prevea el suministro continuo durante más de dos años, el consumidor debe poder recurrir a medidas correctoras frente a cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato. A fin de garantizar a los Estados miembros flexibilidad para mejorar el grado de protección de los consumidores en su Derecho nacional, los Estados miembros deben poder prever plazos más largos que los establecidos en la presente Directiva para la responsabilidad del vendedor.

⁴⁴ Artículo 10.2 Directiva (UE) 2019/771: En el caso de los bienes con elementos digitales, cuando el contrato de compraventa establezca el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un periodo, el vendedor también será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste en el plazo de dos años a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales. Cuando el contrato establezca el suministro continuo durante más de dos años, el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos digitales o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa.

⁴⁵ Artículo 621-74.1 CCCat, dedicado a regular el «Plazo de responsabilidad en el suministro continuado durante un periodo», determina: «El suministrador es responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste durante el periodo en que estos se tienen que suministrar».

⁴⁶ Artículo 66 bis 1 TRLGDCU: Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material.

1. «Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor o usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del

contrato y suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato.

La obligación de suministro por parte del empresario se entenderá cumplida cuando:

a) El contenido digital o cualquier medio adecuado para acceder al contenido digital o descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o usuario o sea accesible para él o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor y usuario para ese fin.

b) El servicio digital sea accesible para el consumidor o usuario o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor o usuario a tal fin».

⁴⁷ Artículo 621-69 CCCat: Puesta a disposición de los contenidos o servicios digitales.

1. «El suministrador tiene que poner a disposición del adquirente los contenidos o los servicios digitales.

2. La obligación de poner a disposición se cumple cuando:

a) El contenido digital o cualquier medio para acceder o descargarlo haya sido puesto a disposición o sea accesible para el adquirente, o sea accesible para realizar la instalación física o virtual que este haya escogido.

b) El servicio digital sea accesible para el adquirente o sea accesible para realizar la instalación física o virtual que este haya escogido.

3. El suministrador tiene que poner a disposición del adquirente los contenidos o los servicios digitales de manera inmediata a la conclusión del contrato, salvo pacto en contra».

⁴⁸ BARBER CÁRCAMO, R. (2022). Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿el inicio de un nuevo régimen? *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2 abril-junio, 165 y 166, llama la atención sobre el hecho de que no se realice mención legal alguna en el Real Decreto Ley «a la obligación de realizar, por parte del consumidor, un mantenimiento adecuado», obligación a la que solo se alude en la exposición de motivos de dicho texto y en la Directiva 2019/771. Solo en el caso de los bienes con elementos digitales, se contempla una excepción en el nuevo artículo 115 ter.3 TRLGDCU al eximir de responsabilidad al empresario, cuando el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas.

⁴⁹ El Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, mediante el que se trasponen las referidas Directivas al ordenamiento español, en su exposición de motivos prosigue diciendo: «Para coadyuvar a la durabilidad de los bienes puestos en el mercado, esta norma mantiene y refuerza las previsiones de nuestra legislación garantizando la existencia de un adecuado servicio técnico, así como de los repuestos necesarios, durante un plazo mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse, contribuyendo con ello al derecho a la reparación reclamado por el Parlamento Europeo en su resolución de 25 de noviembre de 2020, sobre el tema «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores».

Estas medidas se integran en la nueva Estrategia Española de Economía Circular 2030, que trata de pasar del actual modelo lineal de nuestra economía, que se apoya en la producción de bienes y servicios bajo las pautas de «usar-consumir-tirar», lo que conlleva un uso intensivo de recursos naturales y una elevada generación de residuos, a un modelo en el que el valor de los bienes se mantenga durante el mayor tiempo posible, lo que incide en el aumento del valor económico de los mismos y en la reducción de los residuos que se generen. Este cambio a un consumo más responsable requiere la participación activa e informada de las personas consumidoras».

⁵⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *op. cit.*, 172.

⁵¹ El artículo 116.1c) TRLGDCU provenía del artículo 3.1 LGVBC, que era producto de la trasposición al ordenamiento jurídico español del artículo 2.2.b) de la Directiva 1999/44/CE. Este último precepto era más exigente que su antecedente: el artículo 35.2b) de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, según el cual las mercaderías no serán conformes a menos «que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor». Como

puede verse, el precepto de la Convención solo exige que se haya hecho saber al vendedor expresa o tácitamente el uso especial a que se desea aplicar el bien; la Directiva de 1999, en cambio, exigía que hubiera habido un requerimiento en ese sentido y que el vendedor hubiera aceptado que el bien servía para ese fin. Según ORTI VALLEJO, A. (2002), la Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo. *Revista del poder judicial*, núm. 66, 599-601, este mayor rigor de la norma comunitaria obedecía a que es sumamente infrecuente que se incorporen estos pactos en las compraventas de consumo.

⁵² Artículo 621-20.5 CCCat: «*Si el bien no es apto para los fines específicos manifestados por el comprador al vendedor, hay falta de conformidad solo si el vendedor aceptó la idoneidad del bien para aquellos fines, antes o en el momento de la conclusión del contrato*».

⁵³ Discrepa, en este punto, CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 113; en su opinión, este criterio ha de ponerse necesariamente en relación «con una previsión contractual expresa de las partes que ha de existir y cuya realidad y contenido deben poder demostrarse por alguno de los contratantes». La norma no pretende ni declarar ni suplir la voluntad de las partes; lo que pretende es «dar relevancia a un aspecto del contrato que podría quedar oscurecido o incluso neutralizado por la aplicación de algún otro criterio o requisito de conformidad».

⁵⁴ La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, en su artículo 35.2b), en cambio, es clara a la hora de admitir tanto declaraciones expresas como tácitas.

⁵⁵ LASHERAS ROMERO, C. (2014). La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 35, septiembre-diciembre, 225 y 226. Añade el autor que se trata de un supuesto que no se da con mucha frecuencia en la práctica, lo que hace que se acentúen las dificultades probatorias. A modo de ilustración, recuerda la SAP de Cantabria de 6 de mayo de 2005 (AC 2005, 1834) en la que se estimó que existía falta de conformidad en un supuesto en el que una señora había comprado unos zapatos de hombre, para una tercera persona, señalando que el vendedor conocía la exigencia de un uso especial para dichos zapatos distinto del uso habitual, que sería el uso del bien por la señora que los compró; en este caso, ante la imposibilidad de sustituir los zapatos defectuosos, la AP consideró procedente la resolución del contrato. Insiste en este problema también CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 114 y 115, señalando que no hay razones evidentes que impidan la admisión de declaraciones de voluntad tácitas.

Refiriéndose a la necesidad de que el consumidor ponga en conocimiento del vendedor el uso especial requerido del bien al tiempo de la celebración del contrato, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020). La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, núm. 70, 20, al hilo de la normativa anterior, califica de irrelevante el medio que utilice el consumidor para poner en conocimiento del vendedor esa circunstancia; no se exige que sea una declaración expresa del comprador; puede ser tácita, e, incluso, puede quedar establecida a través de las circunstancias en que fue celebrado el contrato; lo importante es que esa intención sea emitida por el consumidor. Por lo que se refiere a la admisión por parte del vendedor de la aptitud del bien para el uso requerido, considera que dicha admisión «no puede consistir en una manifestación de voluntad expresa del vendedor en ese sentido». Lo que parece exigir la norma es un simple acto de aquiescencia del vendedor, que puede entenderse cumplido cuando el vendedor, de la forma que sea (incluso mediante actos concluyentes) toma nota de la indicación manifestada por el consumidor (ej. recibida la comunicación del consumidor, no realiza objeción alguna y celebra posteriormente el contrato). A efectos de prueba, —dice el autor— lógicamente el consumidor que pretenda utilizar este criterio de conformidad tendrá que acreditar que, antes de la celebración del contrato, puso en conocimiento del vendedor el uso especial al que pretendía destinar el bien; ahora bien, basta con que alegue que el vendedor admitió ese uso especial, que no se opuso al mismo. En el caso de que el vendedor quiera evitar

la aplicación de este criterio legal de conformidad, será él el que tenga que acreditar que no admitió el requerimiento del consumidor.

⁵⁶ Refiriéndose únicamente a la Directiva (UE) 2019/771, así lo pone de relieve también CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 114. La propia referencia a un uso especial solo cobra «sentido en relación con los usos habituales o normales de la cosa en cuestión» —afirma en la nota al pie núm. 85—.

⁵⁷ ORTI VALLEJO, A., *op. cit.*, 599 y 560.

⁵⁸ CASTILLA BAREA, M. *op. cit.*, 114.

⁵⁹ Refiriéndose a la regulación anterior, VAQUER ALOY, A. (2018), *op. cit.*, 220 y 221, resaltaba que la voluntad de las partes, como criterio central de conformidad, comprende no solo los aspectos básicos y definidores de la prestación como la cantidad, la calidad y el tipo, sino también otros de carácter secundario como el embalaje, los accesorios, las instrucciones, puntualizando que dentro de la calidad y el tipo quedan englobados el origen y el fabricante u otras características que singularicen los bienes; tras remarcar que todos ellos son cumulativos y no se encuentran jerarquizados, concluye que «los criterios estándar de conformidad contenidos en el apartado 2 del artículo 621-20 se supeditan, con una reiteración dirigida a enfatizar el papel central de la voluntad contractual, a que las partes no hayan pactado otra cosa».

⁶⁰ Llamando la atención sobre la poca importancia que tiene en el nuevo régimen de la conformidad el hecho de que el defecto sea oculto, ARROYO AMAYUELAS, E. (2022), *op. cit.*, 11, recuerda, apoyándose en este precepto, que el conocimiento de dicho defecto por parte del consumidor no le impide reclamar «si previamente el empresario no le había informado específicamente de su existencia y el consumidor no lo había aceptado expresamente».

⁶¹ Relacionado con él se encuentra el artículo 621-26 CCCat: *Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador*.

1. «El vendedor no responde de la falta de conformidad que el comprador conozca o que no podía razonablemente ignorar en el momento de concluir el contrato, salvo los casos de ocultación dolosa, negligencia grave o que haya asumido la garantía de conformidad.

2. Lo que establece el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo que establece el artículo 621-20.4 para la compraventa de consumo».

Según VAQUER ALOY, A. (2018), *op. cit.*, 227, en este supuesto, encaja, por ej., la compra de saldos o de bienes tarados u ostensiblemente obsoletos y mal conservados. A modo de ilustración, recuerda la SAP de Lugo de 22 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 47329), relativa a la compra de un camión de más de veinte años de antigüedad destinado a desguace.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, aunque el consumidor que se dirige a un establecimiento que vende bienes con tara no puede esperar que el bien esté en perfecto estado, sí puede esperar que funcione...; en consecuencia, tratándose de una venta de consumo, la determinación de si existe o no conformidad será un problema de prueba por el juego del artículo 621-20.4 CCCat al que remite el artículo 621-26.2. Así por ej. si un consumidor adquiere una obsoleta minicadena (de los años 90) con doble pletina de cassette (reproductor y grabador), estéreo, tocadiscos y reproductor de CD y el vendedor le advierte de que el aparato no graba, habrá conformidad únicamente si se prueba que el consumidor aceptó la divergencia, de forma expresa y por separado, en el momento de la conclusión del contrato. En la misma línea parece pronunciarse ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018), El règim de la conformitat en el Projecte de LLibre sisè del Codi civil de Catalunya como a causa d'incompliment a la compravenda civil. Treball de recerca del Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya. [En línea] disponible en <https://cejfe.gencat.cat/ca/recerca/catalog/crono/2018/llibre-sise-codi-civil/>, 34, cuando, a la vista del artículo 621-26.2 CCCat, puntualiza que, en las ventas de consumo, el conocimiento o su razonable previsión dejan de ser un motivo de oposición por parte del vendedor, quien deberá responder de la falta de conformidad, a menos que esta fuera expresamente aceptada por el comprador.

⁶² CÁMARA LAPUENTE, S. (2021), *op. cit.*, 37 y 38.

⁶³ Artículo 114.1, párrafo 2.º, TRLGDCU: «El Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, así como la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, se aplicarán a cualesquiera datos personales tratados en las relaciones contempladas en los apartados anteriores, prevaleciendo sus disposiciones en caso de conflicto con lo regulado en este Título».

⁶⁴ MARCO MOLINA, J. (2015). Los criterios legales de la conformidad con el contrato en el futuro Libro VI del Codi civil de Catalunya: la llamada conformidad subjetiva o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador. En M.R. Llácer Matacá (coord.), *La Codificación del Derecho Contractual en el Derecho Civil Catalán*. Madrid: Dykinson, 204 y 205.

⁶⁵ ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018), *op. cit.*, 25, decía textualmente: «Atenent a aquest últim apartat de l'art. 621-1 CCCat, es pot constatar que l'autonomia negocial dels contractants es situa com a criteri preferent en la regulació de la conformitat, capaç de configurar les pautes exactes de compliment, fins i tot, davant d'aquelles presumpcions que la norma estableix com a requisits de caràcter objectiu, permetent la seva modulació i/o excusabilitat per via consensual».

⁶⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020), *op. cit.*, 18.

⁶⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2020), *op. cit.*, 18, incide también en los problemas de prueba que pueden suscitarse especialmente cuando ese pacto expreso sobre las condiciones o cualidades del bien se realiza de forma verbal.

⁶⁸ A la vista del anteproyecto de Libro VI del CCCat. MARCO MOLINA, J., *op. cit.*, 199, nota al pie núm. 33, señala que esta resolución jurisprudencial le sirve «para demostrar la irrelevancia del requisito de la confianza en el vendedor al contratar y la dificultad de su prueba». Ahora bien, mientras en el caso comentado, «al vendedor le interesaba demostrar que esa confianza (y el correlativo asesoramiento al comprador) existió y sirvió (a su criterio) de paliativo a los graves defectos del material didáctico suministrado, los textos normativos que incorporan este requisito le asignan un valor contrapuesto: en ellos, al vendedor le interesa demostrar que el comprador no contrató confiando en él (o que no era razonable que dicha confianza existiera), porque, faltando esa confianza, no es exigible la adecuación de la cosa entregada al uso particular del comprador». Como puede verse, ni en el texto anterior ni en el nuevo tras la reforma efectuada en 2021 se exige la confianza del comprador en el vendedor al contratar a la hora de delimitar el criterio de conformidad.

⁶⁹ Lo que se especifica en el contrato es «que el comprador utilizará el buque con fines privados de acuerdo con las características del barco que está destinado a ser utilizado de manera privada».

⁷⁰ Así lo entiende también FERRER GUARDIOLA, J. A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre, 205.

⁷¹ Artículo 126 bis TRLGDCU: *Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales*.

1. «El consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es de menor importancia.

2. En el supuesto recogido en el apartado anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días naturales a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.

3. En el caso de que el consumidor o usuario resuelva el contrato de conformidad con los apartados anteriores, se aplicarán los artículos 119 ter y 119 quáter.

4. Este artículo no será de aplicación si el empresario ha dado al consumidor y usuario la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación y estos siguen siendo conformes».

⁷² Al igual que en la regulación estatal, quedan fuera los supuestos en que los contenidos o servicios digitales se hayan suministrado en un único acto o en una serie de actos individuales.

⁷³ FERRER GUARDIOLA, J. A. *op. cit.*, 206 y 207.

⁷⁴ Considerando núm. 52 Directiva (UE) 2019/771: *En determinadas situaciones, podría estar justificado que el consumidor tenga derecho a que se reduzca el precio o a resolver el contrato inmediatamente. Cuando el vendedor haya tomado medidas para restablecer la conformidad de los bienes, pero posteriormente se manifieste una falta de conformidad, debe determinarse objetivamente si el consumidor debe aceptar nuevos intentos del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, como por ejemplo el tipo y valor de los bienes, y la naturaleza e importancia de la falta de conformidad. En particular, cuando se trate de bienes caros o complejos, podría estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad. También debe tenerse en cuenta si cabe esperar que el consumidor mantenga la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes o no, por ejemplo debido a que el mismo problema se presenta dos veces. De forma similar, en determinadas situaciones, la falta de conformidad podría ser de naturaleza tan grave que al consumidor no le sea posible mantener la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad de los bienes, como cuando la falta de conformidad afecte gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la reparación o sustitución efectuadas por el vendedor resuelva el problema.*

⁷⁵ IZQUIERDO GRAU, G. (2020). Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019. *RCDI*, núm. 779, 1613.

⁷⁶ Considerando núm. 65 Directiva (UE) 2019/770: *Cuando la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales resulte jurídica o prácticamente imposible, o cuando el empresario se niegue a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad porque ello le supondría unos costes desproporcionados, o cuando el empresario no haya podido poner los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable, sin cargo alguno y sin causar mayores inconvenientes al consumidor, el consumidor tendrá derecho a la reducción del precio o la resolución del contrato. En determinadas situaciones, está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente, por ejemplo cuando el empresario no haya logrado poner en conformidad los contenidos o servicios digitales previamente o cuando no quepa esperar que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad. Por ejemplo, el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (software) antivirus que esté infectado con un virus y que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave. Lo mismo debe aplicarse cuando esté claro que el empresario no va a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor.*

⁷⁷ Convenimos en este punto con IZQUIERDO GRAU, G., *op. cit.*, 1614.

⁷⁸ Refiriéndose al anterior artículo 621-39 CCCat, ARROYO AMAYUELAS, E. (2018). El derecho a resolver el contrato de compraventa: ¿qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno? En Á. Serrano de Nicolás, (coord.), *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid: Marcial Pons, 248 y 249, advertía que uno de los supuestos en que el comprador puede razonadamente rechazar la posibilidad de corrección ofrecida por el vendedor es aquel en que «ya no se fía de su competencia o habilidad»; el problema residía en que la normativa no aclaraba si el comprador podía instar en esos casos cualquier remedio —incluida la resolución—, aunque no faltaban autores que así lo defendían como GÓMEZ LIGÜERRE, C.I (2015). Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código Civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos. En Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *El llibre*

sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei (Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa), Girona: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona, 144. Para ARROYO SAN JOSÉ, L. (2018), *op. cit.*, 53, en cambio, el hecho de que no se contemplara directamente el recurso a la vía resolutoria, salvo en los supuestos de incumplimiento esencial, validez parcial o ante la posibilidad de subsanación que todavía permitiera la satisfacción de la parte acreedora, evidenciaba el efecto subyacente del principio del favor contractus, que modulaba restrictivamente el ejercicio del remedio resolutorio y evitaba comportamientos potencialmente ineficientes ante el incumplimiento contractual. A nuestro modo de ver, los intentos reiterados de puesta en conformidad con resultado infructuoso que llevan a esa pérdida de confianza del consumidor pueden equipararse a un incumplimiento esencial. ARROYO AMAYUELAS, E. (2018), *op. cit.*, 145, por su parte, estimaba conveniente «prescindir de la noción de incumplimiento esencial, por lo menos siempre que el vendedor hubiera dispuesto efectivamente de una segunda oportunidad».

⁷⁹ Véase, en este sentido, los Considerandos núm. 45 Directiva (UE) 2019/771 y núm. 59, párrafo 2.º, Directiva (UE) 2019/770.

⁸⁰ Alude a estas dos circunstancias el Considerando núm. 45 Directiva (UE) 2019/771; en algunos casos —explica—, la presunción de que la falta de conformidad ya existía en el momento pertinente para establecer la conformidad podría ser incompatible con la naturaleza de los bienes (ej. bienes que se deterioran por su propia naturaleza como los productos perecederos —piénsese, en las flores—, o bienes destinados a un solo uso) o la índole de la falta de conformidad (ej. supuesto en que la falta de conformidad solo pueda ser resultado de una acción por parte del consumidor o de una causa externa que se haya producido una vez entregados los bienes al consumidor).

⁸¹ Antes de la reforma, el plazo de presunción del carácter originario de la falta de conformidad era de seis meses (anterior art. 123.1 TRLGDC).

⁸² CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, 343.

⁸³ Artículo 120.2 TRLGDCU: «(…). No obstante, si el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales establece el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un periodo inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega».

⁸⁴ Artículo 12, párrafo 2.º, Directiva (UE) 2019/770: *En los casos contemplados en el artículo 11, apartado 2, la carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales suministrados eran conformes en el momento del suministro recaerá en el empresario por toda falta de conformidad que se manifieste en el plazo de un año a partir del momento de suministro de los contenidos o servicios digitales.*

⁸⁵ Artículo 621-73. *Plazo de responsabilidad en el suministro en acto único o varios actos individuales.*

(...)

3. «En los contratos de consumo, se presume que la falta de conformidad manifestada en el año posterior a la puesta a disposición ya existía en este momento».

⁸⁶ Artículo 12, párrafo 3.º, Directiva (UE) 2019/770: *En los casos contemplados en el artículo 11, apartado 3, la carga de la prueba respecto a si los contenidos o servicios digitales eran conformes dentro del periodo durante el cual se hayan de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato recaerá en el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de ese periodo.*

⁸⁷ Nótese que el artículo 121.5 TRLGDCU excluye expresamente la aplicación de lo dispuesto en sus apartados 3 y 4 a la venta de bienes con elementos digitales. Esa exclusión no se precisa en Cataluña pues el legislador catalán —como se ha puesto de relieve— no ha optado por una trasposición conjunta de las dos Directivas que nos ocupan.

⁸⁸ Artículo 621-75 CCCat: *Incompatibilidad con el entorno digital del adquirente.*

1. «El suministrador no es responsable de la falta de conformidad si prueba que el entorno digital del adquirente no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos

o servicios digitales, si le ha informado de estos requisitos, de forma clara y comprensible, antes de la conclusión del contrato.

2. El adquirente tiene que cooperar con el suministrador, de manera razonable y poniendo los medios técnicos disponibles menos intrusivos para él, para que aquel pueda determinar si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales es consecuencia del entorno digital del adquirente. Si este se niega a cooperar, la carga de la prueba sobre la existencia de la falta de conformidad en el momento de la puesta a disposición recae en el adquirente».

*(Trabajo recibido el 28 de septiembre de 2022 y aceptado
para su publicación el 19 de diciembre de 2022)*