

LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS
CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS
DIGITALES A LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161,
DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019

*THE ADAPTATION OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN CONTRACTS
FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES TO THE
PROVISIONS OF DIRECTIVE (EU) 2019/2161, OF NOVEMBER 27, 2019*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1210-1235



Joan Andreu
FERRER
GUARDIOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente estudio da noticia de las novedades introducidas en el régimen jurídico del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de datos personales, en el TRLGDCU como consecuencia de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y (UE) 2019/2161 al ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Contenidos digitales, servicios digitales, datos personales, derecho de desistimiento.

ABSTRACT: *This study reports on the new features introduced in the legal regimen of the right of withdrawal in contracts for the supply of digital content and services, performed at distance and outside the commercial establishment, either in exchange for the payment of a price or the transfer of personal data, in the TRLGDCU as a result of the transposition of Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/2161 into the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Digital content, digital services, personal data, right of withdrawal.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA O FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 1. Los contratos celebrados a distancia. 2. Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. III. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 1. El contrato de suministro de contenidos digitales. 2. El contrato de suministro de servicios digitales. 3. A modo de recapitulación. IV. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO. V. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO A LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161. 1. Plazo para desistir. 2. Determinación del dies a quo. 3. Excepciones al derecho de desistimiento. En especial, los contratos de prestación de servicios y de suministro de contenidos digitales que no se presten en soporte material. 4. Obligaciones de las partes en caso de desistimiento. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los datos personales han adquirido una gran relevancia en el tráfico jurídico-económico. Hoy en día, a menudo, los contenidos digitales y los servicios digitales se suministran con arreglo a contratos en los que el consumidor no paga un precio, sino que proporciona ciertos datos personales al comerciante.

Este hecho exigía que el régimen jurídico del derecho de desistimiento, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, TRLGDCU), fuera revisado para, así, adaptarlo a esta nueva realidad.

Los cambios en el régimen jurídico actual del derecho de desistimiento responden a una doble reforma legislativa del TRLGDCU.

La primera de ellas tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea (en adelante, Real Decreto-ley 7/2021)¹. Tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, la reforma obedece a la necesidad de transponer la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios

¹ 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.

digitales [en adelante, Directiva (UE) 2019/770]², cuyas normas no empezarán a aplicarse hasta el 1 de enero de 2022³.

La segunda, de mayor enjundia en el ámbito del derecho de desistimiento que la primera, tuvo lugar recientemente, en virtud del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea⁴ (en adelante, Real Decreto-ley 24/2021), por el que se incorpora la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión [en lo sucesivo, Directiva (UE) 2019/2161]. Ahora bien, sus normas de transposición no se aplicarán hasta el 28 de mayo de 2022⁵.

Dicho cuanto antecede, a través de las páginas que siguen se pretende exponer los aspectos más relevantes introducidos en el régimen jurídico del derecho de desistimiento, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil. En particular, por una parte, veremos que, a pesar de no estar aún en vigor, se ha ampliado su ámbito de aplicación para abarcar contratos que, hasta el momento, carecían de previsión en el TRLGDCU. Y, por otra parte, se han introducido ciertas novedades en relación con las excepciones a su ejercicio.

II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA O FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

De acuerdo con el art. 68.1 del TRLGDCU, el derecho de desistimiento concede la facultad al consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante, en el plazo establecido

2 Junto a la incorporación de su directiva complementaria, la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

3 Tal y como establece la Disposición final octava, apartado d), del Real Decreto-ley 7/2021, en concordancia con lo previsto en el art. 24.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

4 En las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

5 Disposición final décima del Real Decreto-ley 24/2021, en consonancia con lo previsto en el art. 7.1 de la Directiva (UE) 2019/2161.

para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna⁶.

De este modo, la consecuencia inmediata del ejercicio del derecho de desistimiento consiste en la extinción de las obligaciones de las partes y, consiguientemente, el deber de restitución recíproco de las prestaciones, como consecuencia de la ineficacia sobrevinida del contrato⁷.

El régimen jurídico actual del derecho de desistimiento trae causa de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En virtud de la antedicha ley, se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores (en lo sucesivo, Directiva 2011/83)⁸.

A través de la anterior reforma legislativa, se modificó la regulación del derecho de desistimiento, en relación con los contratos celebrados a distancia o fuera

- 6 En palabras de KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, el desistimiento “concede al consumidor una facultad de desligarse *ad nutum*, es decir, sin justa causa, del compromiso contraído” (p. 258). Para LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, Vol. 5, N.º 2, pp. 371 a 397, el reconocimiento del derecho de desistimiento se constituye como una “excepción al principio *“pacta sunt servanda”*.” (p. 372). En sentido parecido EIDENMÜLLER, H., et. al.: “Hacia una revisión del *acquis de consumo*”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 107 a 162: “[...] los derechos de desistimiento implican un importante debilitamiento del principio fundamental del *pacta sunt servanda* [...]” (p. 128). Apunta DIEGUEZ OLIVA, R.: “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *InDret*, 2/2009: “[...] la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento responde a la categoría de los derechos potestativos, entendidos [...], como aquellos que confieren a su titular un poder jurídico, en virtud del cual el nacimiento o establecimiento de una relación jurídica, la determinación de su contenido, así como su modificación o rescisión depende únicamente de la voluntad de su titular, manifestada mediante una declaración de voluntad recepticia, sometida a plazo de caducidad”.
- 7 En este sentido se pronunció la STS 14 abril 2021 (RJ 2021,1707). Y, anteriormente, la STJUE 27 marzo 2019, asunto C-681/17 (TJCE 2019,60): “[...] el ejercicio del derecho de desistimiento extingue las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia.” Como apunta DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 891: “En determinados casos, la ley concede una facultad a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial.” Para ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al artículo 110”, en *Comentario al Texto refundido de la Ley general para defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1367-1403, que sea un desistimiento libre “no significa que sea ilimitado: como el ejercicio de todo derecho tiene sus límites en las exigencias de la buena fe y en la interdicción del abuso del derecho.” (p. 1372). Para SUÁREZ VÁZQUEZ, C.: “Algunos aspectos relevantes sobre la facultad de desistimiento en la contratación electrónica a distancia. Comentario jurisprudencial”, *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, 2018, N.º 3: “Estamos aquí, por tanto, en presencia de una verdadera facultad exorbitante en manos del consumidor [...] que no encuentra en su ejercicio otros límites más allá del plazo.”
- 8 Por la que se modifican la Directiva 83/12/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento y del Consejo.

del establecimiento mercantil, dándose nueva redacción a los arts. 102 a 108 del TRLGDCU.

De modo que, el TRLGDCU, no reconoce al consumidor la facultad de desistir en cualquier contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. Únicamente, a aquellos que hayan sido celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil.

El fundamento de circunscribir el ejercicio del derecho de desistimiento a tales contratos reside, como apunta el Considerando 37 de la Directiva 2011/83, en que, en este tipo de ventas, el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato o puede haber un elemento sorpresa o de presión psicológica⁹.

La STJUE 23 enero 2019 declaró que:

“[...] El derecho de desistimiento tiene por objeto proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, se considera que el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, [...]”¹⁰

I. Los contratos celebrados a distancia

Ex art. 92.1 del TRLGDCU, un contrato a distancia es aquél celebrado “en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.”

⁹ SUÁREZ VÁZQUEZ, C.: “Algunos aspectos ...”, *op. cit.*, señala que el fundamento de la facultad de desistir radica en que “[...] el precio siempre es cierto, pero los bienes y servicios requieren de una percepción en muchos casos incompatible con la distancia física o temporal.”

¹⁰ STJUE 23 enero 2019, asunto C-430/17 (TJCE 2019,9). En ese mismo sentido se pronunció la STS 14 abril 2021. Vid. DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M^o. T.: “Artículo 16. Excepciones al derecho de desistimiento”, en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Dir. Silvia Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, pp. 409 a 426, el consumidor puede que no haya examinado el bien o que no haya reflexionado lo suficiente, por ello, “la regla general es la existencia del derecho a desistir como medio de compensar los inconvenientes que dichas características puedan haber provocado para los intereses del consumidor.” (p. 411). O, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 20 a 55: “El diseño legal del desistimiento del contrato sobre contenidos digitales, [...] parte de la premisa de que el consumidor carece del derecho de probar (acceder a) el contenido digital antes de desistir, [...]” (p. 32). Este mismo autor, en “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2014, N.º 11, pp. 79 a 167 considera que “[...] el desistimiento pretende dejar al consumidor en la misma situación que si hubiese adquirido el producto en un establecimiento comercial físico y tradicional [...]” (p. 150).

De este modo, es necesario que el contrato celebrado se inserte, por una parte, dentro de un “sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia”¹¹, incluidos aquellos sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por éste, como una plataforma en línea¹². Y, por otra parte, que tanto la negociación como la conclusión del contrato se realicen a través de técnicas de comunicación a distancia, como puede ser el correo postal, Internet, el teléfono o el fax (art. 92.1, apartado 2 del TRLGDCU).

Asimismo, tendrán la consideración de “contrato celebrado a distancia” aquellas situaciones en las que el consumidor únicamente visite el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios, y la negociación y subsiguiente celebración del contrato tenga lugar a distancia¹³.

2. Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil¹⁴, ex art. 92.2 del TRLGDCU, comprenden aquellos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor, en un lugar distinto al establecimiento mercantil; los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario; los celebrados en el establecimiento mercantil del empresario mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario. Y, finalmente, los celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario.

11 Ello supone, en palabras de MIRANDA SERRANO, L. M.: “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley Mercantil*, 2021, n.º 76, que el negocio forme parte “[...] de una organización creada *ad hoc* con vistas a la distribución comercial de bienes o servicios en el mercado a través de técnicas de comunicación a distancia.” (p. 5).

12 No obstante, tal y como recoge el Considerando 20 de la Directiva 2011/83, “[...] no debe incluir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.”

13 De ahí que no reciban la consideración de “contrato celebrado a distancia” aquellos que se negocien en el establecimiento mercantil del comerciante y acaben celebrándose a través de un medio de telecomunicación. E, igualmente, aquellos contratos que se inicien utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acaben celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante, como declara el Considerado 20 de la Directiva 2011/83.

14 Entendiendo por establecimiento mercantil “Toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual” (art. 92 bis, apartado k) del TRLGDCU y Considerando 22 de la Directiva 2011/83).

III. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

Hasta la aprobación y transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/2161, uno de los aspectos más controvertidos fue el de determinar qué contratos quedaban sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y, por ende, al TRLGDCU.

I. El contrato de suministro de contenidos digitales

El concepto de “contenido digital” fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2014 -que, recordemos, transpuso la Directiva 2011/83-. Esta última norma definió el “contenido digital” como los datos producidos y suministrados en formato digital. Posteriormente, la anterior definición se reprodujo en el antiguo art. 59 bis.1, apartado i) del TRLGDCU.

Más tarde, la Directiva (UE) 2019/770 mantuvo ese mismo concepto de “contenido digital”, y facilitó ciertos ejemplos al respecto en su Considerando 19. Tales como: programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, de audio y de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas.¹⁵

Ahora, la definición de “contenido digital” la encontramos en el art. 59 bis. 1, apartado d), del TRLGDCU.

Empero, tal y como diferenció la Directiva 2011/83, cabe la posibilidad de que los contenidos digitales sean suministrados a través de un soporte material u “on line”.

No disponemos de una definición acerca de qué debe entenderse por soporte material¹⁶. No obstante, la Directiva 2011/83 y la Directiva (UE) 2019/770 nos ofrecen algunos ejemplos, como puede ser un CD, un DVD o las memorias USB y las tarjetas de memoria¹⁷.

15 STJUE 8 octubre 2020, asunto C-641/19 (TJCE 2020,216), no constituye un suministro de contenido digital “[...] la elaboración, por un sitio de Internet dedicado a la búsqueda de pareja, de un informe de evaluación de la personalidad sobre la base de un test de personalidad realizado por dicho sitio [...]”

16 Debemos diferenciar entre “soporte material” y “soporte duradero”. La Directiva 2011/83 ya recogió una definición de este último, en el apartado décimo del art. 2: “todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios”. La anterior definición la conservó la Directiva (UE) 2019/770, en su art. 2, apartado 13 y, en similares términos, aparece recogida en el art. 59 bis. 1, apartado q), del TRLGDCU, señalando dicho precepto que, tendrán la consideración de “soporte duradero” el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS.

17 Considerandos 19 y 20 de las Directivas 2011/83 y (UE) 2019/770, respectivamente.

Por su parte, el suministro sin soporte material incluye la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales¹⁸.

Admitido el contrato de suministro de contenido digital, ya fuere a través de un soporte material o no, la controversia surgía a la hora de determinar si era posible su suministro, no sólo a cambio del pago de un precio, sino, y por lo que aquí interesa, a cambio de la cesión de determinados datos personales.

La Directiva 2011/83 se refirió al “contrato de venta” como todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio. Y, al “contrato de servicios”, como todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio¹⁹.

De ambas definiciones se desprende como requisito esencial el pago de un precio. No obstante, la interpretación del Considerando 19 de la Directiva 2011/83 permitía entrever otra cosa, en relación con los contratos de suministro de contenidos digitales.

Conforme a dicho considerando, “Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. [...] los contratos sobre contenido digital “que no se suministre en un soporte material”, no deben ser calificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios.”²⁰

Obsérvese, que cuando el anterior considerando se refiere a la imposibilidad de calificarlos como contratos de venta o contratos de servicios alude, exclusivamente, a los contratos sobre contenidos digitales que no se suministren en un soporte material.

En un primer momento, la Guía orientativa acerca de la aplicación de la Directiva 2011/83, aprobada por la Comisión Europea, en junio de 2014, determinó que “[...] de acuerdo con la distinción realizada en el considerando 19, los contratos

18 Considerando 19 de la Directiva (UE) 2019/770.

19 Art. 2, apartados 5 y 6, respectivamente.

20 El entrecomillado es nuestro.

para contenidos digitales en línea están sujetos a la Directiva si no implican el pago de un precio por parte del consumidor.”²¹

¿Y si en vez de datos personales, implicaban el pago de un precio los contratos de suministro contenidos digitales en línea?

La Comisión Europea al utilizar la expresión “si no implican el pago de un precio” parece circunscribir dichos contratos a la facilitación de datos personales. No obstante, en esa misma Guía continuó diciendo “[...] la directiva [la Directiva 2011/83] no contempla ninguna disposición por la que los contratos para contenidos digitales en línea estén sujetos a un requisito similar de que el consumidor tenga que pagar un precio.”

De modo que, a sensu contrario, si el pago del precio no es un requisito, parece que, además del suministro de contenido digital sin soporte material a cambio de la cesión de datos personales, cabía también la posibilidad de su suministro a cambio de una contraprestación dineraria. No obstante, este último extremo no quedó definitivamente claro hasta la aprobación de la Directiva (UE) 2019/770²².

Pero ¿qué sucede con los contratos de contenido digital, suministrados a través de un soporte material, en los que el consumidor no abona un precio, sino datos personales? La Directiva 2011/83 no decía nada al respecto.

Para abordar la validez o no de los contratos de contenidos digitales, suministrados a través de un soporte material y a cambio de la cesión de datos personales, debemos acudir al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo

21 Documento de orientación de la DG Justicia de junio de 2014, relativo a la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, p. 72.

22 Para CÁMARA LAPUENTE, S.: “Una prospectiva ...”, *op. cit.* pp. 50 y 51: “En la interpretación más adecuada de estos textos [la Directiva 2011/83 y el TRLGDCU] cabe defender que la protección dispensada en esas normas (información y desistimiento) incluye los contratos gratuitos sobre contenidos digitales; dado que el considerando 19 de la Directiva prohíbe calificar los contratos sobre contenidos digitales [que no se suministren en un soporte material, dice dicho considerando] como contratos de venta o de servicios a los efectos de sus nuevas reglas y dado que las definiciones legales de ambos contratos incluyen el pago de un “precio”, la consecuencia parece clara: al no poderse calificar los contratos de suministro digital dentro de esos dos tipos y no existir una definición legal que imponga la onerosidad o el requisito del precio como necesario para tales contratos de suministro digital, también los gratuitos estarán incluidos en el ámbito de aplicación de la norma. [...] con más razón lo estarán aquellos en que existe una contraprestación no dineraria en forma de datos por parte del consumidor.” Y, en términos parecidos, Vid. MIRANDA SERRANO, L. M.: “El derecho ...”, *op. cit.* pp. 12 y 13: “[...] de él [del considerando 19 de la Directiva 2011/83] se infiere con meridiana claridad que los contratos sobre contenidos digitales no pueden calificarse como prestación de servicios ni como compraventa de bienes. Pues bien, si a ese dato (sin duda, relevante) unimos el hecho (no menos importante) de que las definiciones legales de los contratos de prestación de servicios y venta de bienes que ofrece la Directiva 2011/83 incluye el precio como elemento esencial de dichos contratos [...] todo parece apuntar a la admisión de los contratos gratuitos sobre contenidos digitales.”

y al Consejo, de 23 de mayo de 2017²³. En dicho informe, la Comisión expone que “[...] estudiando, a reserva de una evaluación de impacto, la posibilidad de introducir modificaciones específicas en la Directiva [la Directiva 2011/83] relativas a: [...] Esta modificación pretende aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio.”

La Comisión, a través de una posible modificación, pretende “aclarar”, es decir, despejar cualquier duda que pudiera existir acerca de la sumisión de los contratos de contenidos digitales, suministrados a través de un soporte material, que no se prestan a cambio del pago de un precio, sino de la cesión de datos personales, a la Directiva 2011/83.

Un hecho que puede corroborar que, efectivamente, dichos contratos ya estaban sometidos a su ámbito de aplicación, es que la Directiva (UE) 2019/2161, al introducir el apartado 1 bis, en el art. 3 de la Directiva 2011/83 no se refiere a tales contratos, sino que amplía el ámbito de aplicación de esta última norma a “cuando el comerciante suministre o se comprometa a suministrar contenido digital que no se preste en un soporte material o un servicio digital al consumidor; y el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante [...]”.

Como puede observarse, no hace referencia a la posibilidad de que el comerciante suministre o se comprometa a suministrar contenido digital en un soporte material, y el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante.

Puede que el legislador europeo los haya omitido de forma expresa. Hecho que permitiría confirmar que, efectivamente, dichos contratos estaban ya sometidos a la Directiva. Pero podría tratarse también de un error, cuya inobservancia se solventará a partir del 1 de enero de 2022, momento en el cual las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/770 entrarían en vigor, y cuyo ámbito de aplicación despeja cualquier duda al respecto.

Así, conforme a su art. 3.1, quedarán bajo su ámbito de aplicación todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio y/o facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario²⁴.

23 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, COM(2017) 259 final, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, p. 11.

24 Decimos “y/o”, puesto que el Considerando 67 de la Directiva (UE) 2019/770 así lo recoge: “En los casos en que el consumidor pague un precio y facilite datos personales [...]”

2. El contrato de suministro de servicios digitales

Por su parte, tanto la referencia a la expresión “servicio digital”, como su definición, constituyen una de las novedades introducidas en virtud del Real Decreto-ley 7/2021, recogiendo el legislador español el concepto de “servicio digital”, en su art. 59 bis. I, apartado o), del TRLGDCU, en los mismos términos dados por la Directiva (UE) 2019/770²⁵.

De este modo, el “servicio digital” es aquél “que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital” y “compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”. Y, de nuevo, la Directiva (UE) 2019/770 ofrece en su Considerando 20 una serie de ejemplos de servicios digitales, como son “aquellos que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeo y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales.”

Ciertamente, la expresión “servicio digital” no constaba anteriormente en el TRLGDCU, ni en la Directiva 2011/83. Ello podía generar la duda de si dichos contratos quedaban bajo el ámbito de aplicación de la ley tuitiva, incluido el derecho de desistimiento y sus excepciones. No obstante, el Considerando 31 de la Directiva (UE) 2019/2161 declara que: “Dicha Directiva [la Directiva 2011/83/UE] sólo se aplica a los contratos de servicios, incluidos los contratos de servicios digitales [...]”²⁶.

Por lo tanto, parece que cuando el apartado 6, del art. 2 de la Directiva 2011/83 definía el contrato de servicios, debían entenderse incluidos los servicios digitales. Ahora bien, sólo aquellos suministrados a cambio del pago de un precio por parte del consumidor, y no de la cesión de determinados datos personales.

25 Apartados a) y b), del art. 2.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

26 Y, anteriormente, lo puso de manifiesto la Comisión Europea en su informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, de 23 de mayo de 2017, COM(2017) 259 final. YANGUAS GÓMEZ, R.: “El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 471 a 507, pone de manifiesto que “[...] los estudios preparatorios de la norma abogaron inicialmente por el establecimiento de una línea divisoria entre “bienes digitales” y “servicios digitales”, [...] Sin embargo, [...] abandonaron por completo dicha pretensión en la versión final [...] Y es que resulta difícil definir *ab initio* cuándo nos situamos ante un bien y cuando ante un servicio [...]” (p. 474).

3. A modo de recapitulación

Lo dicho hasta aquí no es baladí. Recordemos que el régimen jurídico vigente del derecho de desistimiento proviene de la transposición de la Directiva 2011/83 y sólo cabe en relación con los contratos en ella recogidos. Éstos son, según lo visto anteriormente, los contratos de suministro de contenidos digitales, con soporte material o en línea, a cambio del pago de un precio o de datos personales, y los contratos de suministro de servicios, incluidos los servicios digitales, a cambio del pago de un precio.

Por lo tanto, los contratos de suministro de servicios digitales a cambio de la cesión de determinados datos personales no quedan sometidos a su ámbito de aplicación y, por ende, tampoco al del TRLGDCU. Este extremo lo confirma el Considerando 31 de la Directiva (UE) 2019/2161: “En consecuencia, dicha Directiva [la Directiva 2011/83] no se aplica a los contratos de servicios en los que el consumidor proporciona datos personales al comerciante sin pagar un precio.”

De ahí, que uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/2161 sea el de garantizar la coherencia entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y la Directiva (UE) 2019/770, que se aplica a los contratos de suministro de contenidos digitales y servicios digitales en virtud de los cuales el consumidor proporciona o se compromete a proporcionar datos personales al comerciante²⁷.

Consecuentemente, los consumidores que celebren este tipo de contratos carecerían, en principio, de la potestad para ejercitar su derecho de desistimiento. Aunque, como ya hemos apuntado, esta situación cambiará a partir del 1 de enero de 2022.

IV. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El 28 de abril de 2021 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 7/2021, por el que se modificó el TRLGDCU con ocasión de transponer la Directiva (UE) 2019/770.

El propio cuerpo de la Directiva (UE) 2019/770 no regula el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de determinados

²⁷ Así lo recoge el Considerando 32 de la Directiva (UE) 2019/2161. Por consiguiente, como establece su Considerando 33, “la Directiva 2011/83/UE debe ampliarse para abarcar los contratos con arreglo a los cuales el comerciante suministre o se compromete a suministrar un servicio digital al consumidor, y este facilita o se compromete a facilitar datos personales. De manera similar a los contratos de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, la Directiva debe aplicarse siempre que el consumidor proporcione o se comprometa a proporcionar datos personales al comerciante [...]”.

datos personales²⁸. Sino que, en virtud de su Considerando 20, nos remite a la Directiva 2011/83.

Es la Directiva (UE) 2019/2161 la encargada de adaptar el ejercicio del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que la contraprestación consiste en la cesión de datos personales y que, como veremos, introduce novedades a tener en cuenta en el régimen de las excepciones.

No obstante, el legislador español, a través del Real Decreto-ley 7/2021 amplió el ámbito de aplicación del derecho de desistimiento.

En concreto, introdujo un apartado cuarto al art. 59 del TRLGDCU del siguiente tenor: “El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y éste facilita o se compromete a facilitar datos personales [...]”.

El Libro segundo del TRLGDCU -que lleva por rúbrica “Contratos y garantías”- regula en su seno tanto el régimen general del derecho de desistimiento (Título I, Capítulo II); el previsto para los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil (Título I, Capítulo III), como sus excepciones (art. 103).

Ello quiere decir que, a partir del 1 de enero de 2022, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, ya sea a cambio del pago de un precio o de la facilitación de determinados personales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, quedarán sometidos al régimen del derecho de información precontractual y de desistimiento del TRLGDCU²⁹.

Cabe señalar que la Directiva (UE) 2019/770 no utiliza la expresión “contraprestación” a lo largo de su articulado para referirse a los datos personales. Sí que lo hace, en cambio, el nuevo art. 119 ter del TRLGDCU y, anteriormente, la Propuesta de Directiva COM(2015) 634 final, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.

Sea a cambio del pago de un precio o a cambio de la cesión de determinados datos personales, el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales será

28 Decimos determinados datos personales puesto que, conforme a su art. 3.1, no cabrá el suministro cuando “los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin.”

29 Así lo pone de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, S.: “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)”, *Diario La Ley*, 2021, N.º 9881: “Y ello con independencia de cuándo se transponga la Directiva 2019/2161 [...]”

de carácter oneroso³⁰, y ello a pesar de que los consumidores, al desconocer la importancia que tienen sus datos personales para los empresarios³¹, puedan llegar a pensar que están ante un contrato de carácter gratuito.

V. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO A LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161

Como ya hemos mencionado, las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/770, que amplían el ámbito de aplicación del derecho de desistimiento a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de determinados datos personales, no entrarán en vigor hasta el 1 de enero de 2022.

Y, por su parte, la Directiva (UE) 2019/2161 y las disposiciones que la transponen, a través del Real Decreto-ley 24/2021, no empezarán a aplicarse sino a partir del 28 de mayo de 2022.

Este panorama exige prestar atención al momento en que se celebra el contrato. Conforme al régimen vigente, parece que no cabe el derecho de desistimiento en los contratos de prestación de servicios a cambio de la cesión de determinados datos personales. Sí que será posible, no obstante, a partir del 1 de enero de 2022. Sin embargo, a partir del 28 de mayo de 2022 habrá que tener en cuenta ciertas precisiones en relación con las excepciones al derecho de desistimiento. En especial, las recogidas en las letras a) y m) del art. 103 del TRLGDCU, relativas a los contratos de suministro de servicios y de contenidos digitales sin soporte material, respectivamente.

I. Plazo para desistir

Como destaca la STS 24 marzo 2021, “La efectividad del derecho de desistimiento depende de la información que disponga el consumidor sobre su existencia y contenido.”³² Por tanto, deber de información y ejercicio del derecho de desistimiento están íntimamente conectados.

30 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción a la teoría del contrato*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 82: “el acto es oneroso cuando impone sacrificios a ambas partes y, por la misma razón, ambas partes obtienen ventajas del acto. [...] se puede decir que en los negocios gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso”.

31 En relación con los datos personales, Vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. y SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret*, 1/2018: “los datos personales se han convertido en un activo patrimonial de gran valor económico en el mercado”. No obstante, los consumidores no son conscientes de que “ya no somos meros consumidores pasivos, sino que, a través de una pérdida considerable de nuestra privacidad, nos hemos convertido en parte del producto cuya ganancia, sin embargo, no percibimos” (p. 20).

32 STS 24 marzo 2021 (RJ 2021,1337).

Pese a que se ha dado nueva redacción al art. 97 -“Información precontractual de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil”, el contenido de este deber no ha sufrido modificación.

Ahora, el deber de informar acerca del derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario, se trasladan a la letra j), del apartado primero³³. Por su parte, la obligación de informar acerca de las excepciones del art. 103 y las circunstancias en las que lo perderá cuando sí le corresponda, se prevé en la letra m).

El plazo para su ejercicio se mantiene. De modo que, salvo las excepciones previstas en el art. 103 del TRLGDCU, el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato durante un período de 14 días naturales (art. 102.I del TRLGDCU).

Por el contrario, sí que se ha ampliado el plazo de desistimiento, de 14 a 30 días naturales, en “los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o de excursiones por el empresario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicio” (art. 102.I, apartado segundo del TRLGDCU).

Estas comercializaciones, como señala el Considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/2161 “pueden colocar a los consumidores bajo presión para que efectúen compras de bienes o servicios que, de otro modo, no adquirirían, o compras a precios excesivos que a menudo conllevan un pago inmediato [...]”³⁴.

El legislador español, para llevar a cabo dicha ampliación, se ha servido de la facultad que le otorga el nuevo art. 9.I bis de la Directiva 2011/83³⁵. Por lo tanto, a partir del 28 de mayo de 2022, los consumidores que celebren contratos en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el comerciante en el domicilio de los consumidores o de excursiones organizadas por el comerciante, verán incrementado el plazo de ejercicio de su derecho de desistimiento de 14 a 30 días naturales.

33 Se añade, en relación con el deber de información precontractual del art. 97.I la precisión de que el empresario, a la hora de ofrecer dicha información, además de que sea clara y comprensible, preste especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, “a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles [la información]”.

34 Continúa diciendo que: “[...] Tales prácticas se dirigen a menudo a personas de edad avanzada u otros consumidores vulnerables.”

35 Dicho precepto prevé que: “Los Estados miembros podrán adoptar normas con arreglo a las cuales el plazo de desistimiento de catorce días a que se refiere el apartado I se amplíe a treinta días en el caso de los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por comerciantes al domicilio de los consumidores o de excursiones organizadas por comerciantes con el objetivo o el efecto de promocionar o vender productos a los consumidores para proteger los intereses legítimos de los consumidores en lo que atañe a ciertas prácticas de comercialización o ventas agresivas o engañosas. Tales normas serán proporcionadas y no discriminatorias, y estarán justificadas por razones de protección de los consumidores.”

La ampliación del plazo para desistir que establecía -y establece- el art. 105 del TRLGDCU, en caso de que el empresario haya omitido su deber de información acerca del derecho de desistimiento (previsto en el nuevo art. 97.l j) del TRLGDCU), no ha sufrido modificación. Ahora bien, sí que se ha adaptado al incremento del plazo de 14 a 30 días naturales en los casos arriba apuntados³⁶.

Así, si el empresario no ha facilitado al consumidor la información relativa al derecho de desistimiento, el período para su ejercicio finalizará a los 12 meses y 14 días, o a los 12 meses y 30 días (art. 105.l del TRLGDCU). En cambio, si el empresario ha informado al consumidor respecto de su derecho de desistimiento dentro de esos 12 meses, el plazo para su ejercicio expirará, de nuevo, transcurridos 14 o 30 días naturales.

2. Determinación del *dies a quo*

El art. 104 del TRLGDCU, que lleva por rúbrica “Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento”, también ha recibido nueva redacción. Ello, una vez más, es debido a la ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento de 14 a 30 días naturales en los contratos arriba señalados.

Sin perjuicio de lo anterior, la determinación del *dies a quo* para desistir se mantiene. Así:

- En caso de contratos de prestación de servicios, incluidos los digitales, el plazo de desistimiento concluirá a los 14, o 30 días naturales, a partir de la celebración del contrato (art. 104, apartado a) del TRLGDCU).
- Para el caso de contratos de suministro de contenidos digitales a través de soporte material, el plazo de desistimiento concluirá a los 14, o 30 días naturales, a partir de que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados (art. 104, apartado b) del TRLGDCU).
- Y, en caso de contratos de suministro de contenidos digitales sin soporte material, el plazo de desistimiento concluirá a los 14, o 30 días naturales,

36 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Derecho de desistimiento”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 209 a 236, considera “[...] que son objeto de regulación dos tipos de derechos de naturaleza diferente. En primer lugar, un desistimiento, que el consumidor puede ejercer durante un determinado plazo (breve), libremente, sin que tenga que indicar o justificar los motivos, y sin que se pueda imponer ningún coste por parte del comerciante en caso de ejercicio por el consumidor. En segundo lugar, un desistimiento, no libre, sino basado en justa causa, que es el incumplimiento por el comerciante de sus deberes de información. [...] La DDC trata este segundo derecho de desistimiento como si estuviéramos ante una simple ampliación del plazo para desistir, [...] pero, aunque son dos derechos de contenido similar, tienen naturaleza diferente y, entiendo, un régimen jurídico parcialmente diferente.” (p. 210).

a partir del día en que se celebre el contrato (art. 104, apartado c) del TRLGDCU).

3. Excepciones al derecho de desistimiento. En especial, los contratos de prestación de servicios y de suministro de contenidos digitales que no se presten en soporte material

Es en el régimen de las excepciones dónde la Directiva (UE) 2019/2161 ha incidido de forma más notable. Diferenciando, en los contratos de prestación de servicios y de suministro de contenido digital que no se preste en soporte material, entre si la contraprestación consiste en el pago de un precio o en la cesión de determinados datos personales.

A) Contratos de prestación de servicios

Actualmente, los contratos de prestación de servicios, incluidos los servicios digitales, sólo caben a cambio del pago de un precio. No obstante, como hemos ya apuntado, a partir del 1 de enero de 2022, será posible también su suministro a cambio de la cesión de datos personales.

En ambos momentos el régimen de la excepción será el mismo -puesto que las normas de transposición de la Directiva (UE) 2019/2161 no se aplicarán hasta el 28 de mayo de 2022-. Así las cosas, el consumidor habrá perdido la facultad de ejercitar su derecho de desistimiento una vez que:

- El servicio haya sido completamente ejecutado;
- Que la ejecución del contrato haya comenzado, con el previo consentimiento expreso del consumidor y;
- Cuando el consumidor reconozca que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado, habrá perdido su derecho de desistimiento.

Ahora bien, de conformidad con el vigente art. 108.3 del TRLGDCU, si el consumidor ejercita su derecho de desistimiento antes de que el servicio se haya ejecutado completamente, éste quedará obligado a abonar al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento³⁷.

³⁷ Vid. STS 14 abril 2021 y el Considerando 50 de la Directiva 2011/83 “[...] el consumidor debe poder disfrutar del derecho de desistimiento aun cuando haya solicitado la prestación de los servicios antes de que finalice el período de desistimiento.”

Ese abono proporcional parece sencillo si el servicio se suministra a cambio del pago de un precio. Más inconvenientes presentará, a partir del 1 de enero de 2022, si han mediado, únicamente, datos personales.

En el Resumen del Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, el Supervisor europeo de protección de datos ya puso de manifiesto, y lo reitera la Directiva (UE) 2019/770 en su Considerando 24, que el derecho a la protección de los datos personales no puede quedar sometido al puro interés de los consumidores, ni tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía³⁸.

Si los datos personales no son una mercancía ¿cómo se conjuga ese abono proporcional? El legislador no dice nada al respecto, y no da solución a este aspecto con la incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161 a través del Real Decreto-ley 24/2021.

Lo que parece claro es que el abono no podrá realizarse en forma de datos personales. El consentimiento para el tratamiento de los datos personales es libremente revocable, por lo que en estos casos el empresario deberá abstenerse en su tratamiento. Pero también deberán verse satisfechos los intereses del empresario, que ha suministrado un servicio durante un período de tiempo determinado, el cual debe ser retribuido proporcionalmente.

A partir del 28 de mayo de 2022 el régimen de la excepción anterior variará, según la contraprestación consista en el pago de un precio o en la cesión de determinados datos personales. Así:

- Si es a cambio de la cesión de datos personales, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado.
- Si el servicio se suministra a cambio de un precio, el consumidor pierde su derecho de desistimiento una vez la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por

38 DOUE n.º C 200/10, de 23 de junio de 2017. Como apunta GARCÍA HERRERA, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad civil*, 2020, n.º 1, la posibilidad de que los consumidores comercien con sus datos a cambio del suministro de contenidos o de servicios digitales "entra en conflicto con la normativa en materia de protección de datos". Para la autora "[...] la protección de datos de carácter personal se reconoce en el artículo 14 de la Constitución Española como un derecho fundamental [...] no pueden asumir la naturaleza de res intra commercium. Este derecho fundamental goza, además, de la naturaleza de derecho de la personalidad [...] y es un derecho extrapatrimonial, de suerte que es extra commercium, irrenunciable, indisponible, inexpropiable, inembargable e imprescriptible."

su parte de que, una vez que el comerciante haya ejecutado íntegramente el contrato, éste habrá perdido su derecho de desistimiento.

Como puede observarse, y éste es también un elemento introducido con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2019/2161, el requisito de que los comerciantes obtengan el consentimiento expreso previo del consumidor sólo se aplica a los contratos de servicios que imponen al consumidor una obligación de pago, y no de cesión de datos personales³⁹.

La Directiva no justifica esta diferenciación, aunque tal vez responda a que los contratos de suministro de servicios digitales a cambio de una contraprestación monetaria revestirán mayor importancia, en términos económicos, que los suministrados a cambio de la cesión de datos personales. De ahí, quizás, ese requisito adicional exigido para que el consumidor pierda su facultad de ejercitar el derecho de desistimiento.

B) Contratos de suministro de contenidos digitales

1.º A través de soporte material

La Directiva (UE) 2019/2161 no ha introducido ninguna modificación en relación con el suministro de contenidos digitales a través de soporte material, previsto en la letra i) del art. 103 del TRLGDCU.

Por ello, tanto en el régimen actual como en el futuro, ya sea a cambio del pago de un precio como de la cesión de determinados datos personales, el consumidor perderá su derecho de desistimiento cuando, una vez entregadas las grabaciones sonoras, de vídeo o programas informáticos, éstos sean desprecintados.

2.º Que no se presten en un soporte material

Ex art. 103, apartado m) del TRLGDCU en su regulación vigente, y hasta el 28 de mayo de 2022, ya sea a cambio del pago de un precio o de la cesión de datos personales, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento cuando:

- La ejecución haya comenzado con su previo consentimiento expreso;
- Y éste sea consciente de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento.

³⁹ Así lo establece el Considerando 37 de la Directiva (UE) 2019/2161.

A partir del 28 de mayo de 2022 el régimen de la excepción variará, diferenciando, nuevamente, según la contraprestación consista en el pago de un precio o en la cesión de determinados datos personales. De modo que:

- Si el contenido digital es suministrado a cambio de la facilitación de datos personales, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento una vez la ejecución haya comenzado.
- Si es a cambio del pago de un precio, el consumidor habrá perdido su derecho de desistimiento una vez iniciada la ejecución del contrato con el previo consentimiento expreso y siempre y cuando el consumidor haya expresado el conocimiento de que pierde su derecho.

De nuevo, el requisito de que los comerciantes obtengan el consentimiento expreso previo y el conocimiento del consumidor sólo se aplica a los contratos que imponen una obligación de pago⁴⁰.

Como puede observarse, en los contratos de suministro de contenidos digitales, en términos generales, el consumidor pierde su derecho de desistimiento una vez ha comenzado la ejecución del contrato. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en los contratos de prestación de servicios, en los que se impide el ejercicio del derecho de desistimiento una vez el contrato ha sido ejecutado completamente, aquí no se dará la problemática relativa al suministro parcial del contenido y el consiguiente abono proporcional del precio.

4. Obligaciones de las partes en caso de desistimiento

Fruto de la incorporación expresa de los datos personales como contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, también se han introducido algunos cambios en relación con las obligaciones del empresario y del consumidor, en caso de desistimiento, previstas en los art. 107 y 108 del TRLGDCU, respectivamente.

Por lo que se refiere al empresario, además de cumplir con las obligaciones en materia de protección de datos personales (apartado cuarto)⁴¹, ex art. 107.5 del TRLGDCU, se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario⁴². Y, asimismo,

⁴⁰ Considerando 38 de la Directiva (UE) 2019/2161.

⁴¹ Previstas en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, así como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁴² Excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) No tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) Esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario durante el uso de los contenidos

pondrá a disposición del consumidor o usuario, a petición de éste, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor o usuario haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario (apartado sexto).

Obsérvese que sólo se refiere a cualquier contenido distinto del de los datos personales, y no a los datos personales en sí, cuyo tratamiento, en cualquier caso, quedará sometidos a las disposiciones legales en la materia.

El consumidor podrá recuperar dichos contenidos sin cargo alguno, y sin impedimentos por parte del empresario en un plazo razonable, en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente (apartado séptimo). Y, finalmente, el empresario podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior tras el desistimiento de los contenidos o servicios digitales, haciéndolos inaccesibles al propio consumidor o inhabilitando su cuenta de usuario (apartado octavo).

En cuanto al consumidor, en caso de desistimiento se abstendrá de utilizar el contenido o servicio digital y de ponerlo a disposición de terceros (art. 108.3 del TRLGDCU en su nueva redacción).

VI. CONCLUSIONES

La transposición al ordenamiento jurídico español tanto de la Directiva (UE) 2019/770, como de la Directiva (UE) 2019/2161, ha contribuido a dar seguridad jurídica a una situación, hasta el momento, plagada de incertidumbre. Especialmente, debido a la gran relevancia que han adquirido en el tráfico jurídico-económico los datos personales y, por ende, los contratos que quedaban sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y, consecuentemente, al TRLGDCU.

Consumidor y empresario deberán prestar especial atención al momento en que celebran el contrato. Con independencia de que ambas Directivas [Directiva (UE) 2019/770 y (UE) 2019/2161] se incorporaran de forma conjunta, -así constaba en el borrador de Anteproyecto de ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con objeto de transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas (UE) 2019/770, (UE) 2019/771 y (UE) 2019/2161-, sus normas de transposición difieren en su entrada en vigor. Y, por tanto, variará el régimen jurídico aplicable del derecho de desistimiento.

o servicios digitales suministrados por el empresario; c) Haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados; d) Haya sido generado conjuntamente por el consumidor o usuario y otras personas, y otros consumidores o usuarios puedan continuar haciendo uso del contenido.

Todo ello supone un gran paso hacia la protección de los derechos de los consumidores en un mercado cada vez más digitalizado. No obstante, permanecen algunas dudas en el aire. En concreto, en aquellos casos en los que el consumidor, en un contrato de prestación de servicios a cambio de datos personales, ejercita su derecho de desistimiento antes de la completa ejecución del mismo, y éste debe abonar al empresario un importe proporcional.

Además, como se ha puesto de manifiesto, uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/2161, es garantizar la coherencia entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y la Directiva (UE) 2019/770. Sin embargo, esta cohesión no es absoluta. La Directiva (UE) 2019/770 permite, tal y como establece su Considerando 66, que el consumidor pague un precio “y” facilite datos personales.

Este último supuesto no aparece recogido en la Directiva (UE) 2019/2161 y, por tanto, en estos casos, el consumidor no tendría derecho a desistir del contrato. Únicamente, como continúa diciendo el anterior considerando “el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N: "Comentario al artículo 110", en *Comentario al Texto refundido de la Ley general para defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1367-1403.

CÁMARA LAPUENTE, S.:

- "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario La Ley*, 2021, N.º 9881
- "Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales", en *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Coord. María de los Ángeles Fernández Scagliusi, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 20 a 55.
- "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista GESCO de Derecho de consumo*, 2014, N.º 11, pp. 79 a 167.

DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M^a. T.: "Artículo 16. Excepciones al derecho de desistimiento", en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Dir. Silvia Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, pp. 409 a 426.

DIÉGUEZ OLIVA, R.: "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, 2/2009.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 4^a ed., Civitas, Madrid, 1993.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción a la teoría del contrato*, 5^a edición, Civitas, Madrid, 1996

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.; "Derecho de desistimiento", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 209 a 236.

EIDENMÜLLER, H.; et. al.: "Hacia una revisión del *acquis* de consumo", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 107 a 162

GARCÍA HERRERA, V.: "El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Actualidad civil*, 2020, n.º 1.

KLEIN, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/73/UE sobre derechos de los consumidores", *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, Vol. 5, N.º 2, pp. 371 a 397.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. y SANCHO LÓPEZ, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret*, 1/2018.

MIRANDA SERRANO, L. M.: "El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales", *La Ley Mercantil*, 2021, n.º 76.

SUÁREZ VÁZQUEZ, C.: "Algunos aspectos relevantes sobre la facultad de desistimiento en la contratación electrónica a distancia. Comentario jurisprudencial", *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, 2018, N.º 3.

YANGUAS GÓMEZ, R.: "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*; Dir. Sergio Cámara Lapuente, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 471 a 507.

