

Estudios sobre Jurisprudencia Europea

Materiales del VI Encuentro anual
del Centro español del European Law Institute

Director

Albert Ruda González

Coordinadora

María L. Kubica



ELI

EUROPEAN
LAW
INSTITUTE

SPANISH HUB

Multidisciplinar

Monografía

S
sepin



**Supported by
the European Union**

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o cualquier soporte sin consentimiento expreso del propietario del copyright.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La calidad ortográfica y de estilo literario de esta obra son exclusiva responsabilidad de los autores.

Please note that this is a paper authored by the Spanish Hub of the European Law Institute (ELI). The statements and recommendations contained in this paper have not been approved or endorsed by any statutory body of the ELI and thus should not be taken to represent an official Statement, Instrument or position of the ELI.

© VV. AA.

© Editorial Jurídica **sepín**, S. L., 2023
A FORUM MEDIA GROUP COMPANY

C/ Mahón, 8
28290 Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 352 75 51
www.sepin.es
sac@sepin.es

ISBN: 978-84-1388-294-9

Producción gráfica: **sepín**, S. L.

Índice de autores

Director

Albert RUDA GONZÁLEZ

Coordinadora

María LUBOMIRA KUBICA

Autores

Gonzalo ABAD LLOPIS
Marien AGUILERA MORALES
Amir AL HASANI MATURANO
Esaú ALARCÓN GARCÍA
María Teresa ALONSO PÉREZ
Isabel ANTÓN JUÁREZ
Paloma ARRABAL PLATERO
Consuelo ARRANZ DE ANDRÉS
Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ
Francisca BERNAL SANTAMARÍA
M.^a Amalia BLANDINO GARRIDO
Álvaro BUENO BIOT
Consuelo CAMACHO PEREIRA
Yohan Andrés CAMPOS MARTÍNEZ
Andrea Salud CASANOVA ASECIO

Purificación CREMADES GARCÍA
Jonatán CRUZ ÁNGELES
Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS
Antonio CUBERO TRUYO
José María DAVÓ FERNÁNDEZ
Emilio DE CASTRO MARÍN
Carlos DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA
Ana M.^a DE TORO NEGRO
Rocío DIEGUEZ OLIVA
Carlos Manuel DíEZ SOTO
M.^a Isabel DOMÍNGUEZ YAMASAKI
Alfonso EGEA DE HARO
Clara FERNÁNDEZ CARRON
Adriana FILLOL MAZO
Ana Cristina GALLEGO HERNÁNDEZ
David GARCÍA GUERRERO
María Dolores GARCÍA SÁNCHEZ
Ana GASCÓN MARCÉN
Clàudia GIMENO FERNÁNDEZ
Grisel GIUNTA SANTIMOTEO
Esther GÓMEZ CAMPELO
Marta GONZÁLEZ APARICIO
Ana Isabel GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Elisabet GONZÁLEZ PONS
María Remedios GUILABERT VIDAL
David GUTIÉRREZ COLOMINAS
Francisco HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
Isabel HERNÁNDEZ SAN JUAN
Alfonso J. IGLESIAS VELASCO
María Lubomira KUBICA
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Charlotte LESKINEN
Julia LÓPEZ ESPEJO

Sebastián LÓPEZ MAZA
Andrés MARÍN SALMERÓN
Vanessa MARTÍ MOYA
Laura MARTÍN SANTANA
Guillermo MARTÍNEZ JIMÉNEZ
Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ
Antonio MARTINEZ SANTOS
José Ignacio MARTÍNEZ PALLARÉS
Virginia MARTÍNEZ TORRES
Loreto Carmen MATE SATUÉ
M.^a Natalia MATO PACÍN
María MEDINA ALCOZ
Manuel MEDINA ORTEGA
Eduardo MELERO ALONSO
Antonio MERCHÁN MURILLO
Jorge MILLA IBÁÑEZ
Gemma MINERO ALEJANDRE
Juan Alejandro MONTORO SÁNCHEZ
Marta MORENO CORTE
Juan Francisco MORENO DOMÍNGUEZ
Gloria MORENO BOTELLA
Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO
Virginia MÚRTULA LAFUENTE
Alessandra NASONI
Alfonso ORTEGA GIMENEZ
M.^a Carmen ORTIZ DEL VALLE
Sabela OUBIÑA BARBOLLA
Carlos PADRÓS REIG
Jesús PALOMARES BRAVO
Teresa PAREJA SÁNCHEZ
Ginés PARRA RUIZ
Ricardo PAZOS CASTRO
Manuel PELÁEZ MURAS

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN
Teresa PONTON ARICHA
Teresa PUCHOL TUR
Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ
Antonio José RAMOS HERRERA
Nuria RECHE TELLO
María José REYES LOPEZ
Begoña RIBERA BLANES
Juan Francisco RODRÍGUEZ AYUSO
Begoña RODRÍGUEZ DÍAZ
Daniel RODRÍGUEZ HORCAJO
Adela RODRÍGUEZ MAÑOGIL
Albert RUDA GONZÁLEZ
Cristina SÁENZ PÉREZ
Marina SERRAT ROMANÍ
Benjamín SEVILLA BERNABÉU
Julio SIGÜENZA LÓPEZ
Pablo SOLANO DÍAZ
Carlos SOLER SAMPER
Irene SUBERBIOLA GARBIZU
Alejandro TORRESCUSA CORDERO
Elena Cristina TUDOR
Joaquín Pablo URÍAS MARTÍNEZ
Iván VEGA PEDREÑO
Francisco VERDÚN PÉREZ
Raquel VICENTE ANDRÉS
Paula VICENTE-ARCHE COLOMA
Marc VILALTA REIXACH

Sumario

Capítulo 1. Prólogo

Prólogo

Albert Ruda González

Capítulo 2. Derecho administrativo

Derecho a la participación y derecho al recurso en materia medioambiental

Alfonso Egea de Haro

El control judicial en la limitación de las libertades del mercado interior

Clàudia Gimeno Fernández

La inviolabilidad de los archivos y el principio de cooperación leal con el Banco Central Europeo. Implicaciones para el régimen de acceso a la información de los Bancos Centrales Nacionales

Francisco Hernández Fernández

La falta de transparencia de la Autoridad europea de seguridad alimentaria: el cuestionamiento de la opinión científica europea en el caso del glifosato

Isabel Hernández San Juan

Acceso a la justicia de las autoridades regionales en materia de medio ambiente

Guillermo Martínez Jiménez

La tensión entre la obligación de colaborar con la Administración sancionadora y el derecho a no declarar contra uno mismo.

Carlos Padrós Reig

La protección de la tutela judicial efectiva en un sistema jurisdiccional multinivel

Teresa Pareja Sánchez

El valor estimado en el derecho europeo y en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Manuel Peláez Muras

Prestadores de servicios de la sociedad de la información de intermediación: control de su actuación ante contenidos ilícitos

Juan Francisco Rodríguez Ayuso

La STJUE *Remondis 2*: un paso más en la definición del concepto de “cooperación” entre entidades públicas excluida del ámbito de aplicación de las Directivas europeas sobre contratación pública

Marc Vilalta Reixach

Capítulo 3. Derecho Civil

El usuario de plataformas on-line y su consideración como consumidor

María Teresa Alonso Pérez

El consentimiento para la obtención y la conservación de datos personales: invalidez del derivado de una casilla premarcada

M.^a Amalia Blandino Garrido

Condiciones para que el consentimiento al tratamiento de datos personales se considere válido

Álvaro Bueno Biot

***Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la nulidad de cláusulas abusivas**

Consuelo Camacho Pereira

El concepto de “dirección” en el conflicto entre propiedad intelectual y datos personales: las precisiones de la STJUE de 9 de julio de 2020 (C-264/19)

Andrea Salud Casanova Asencio

Interés del menor, acogimiento familiar y madre biológica

Purificación Cremades García

El derecho de reembolso del organismo público subrogado como “acreedor” en los supuestos de prestaciones alimenticias a la luz de la sentencia del TJUE (Sala Tercera), caso WV contra *Landkreis Harburg* de 17 de septiembre 2020: otro paso al frente en la delimitación del art. 3 b) del Reglamento (UE) n° 4/2009

Ana María de Toro Negro

La cuantificación de los servicios ejecutados en caso de ejercicio del derecho de desistimiento. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020

Rocío Diéguez Oliva

Desistimiento en contratos a distancia relativos al suministro de servicios (digitales)

Carlos Manuel Díez Soto

Contratos de arrendamiento de local de negocio y lucha contra la morosidad

M.^a Isabel Domínguez Yamasaki

Protección de los derechos de la personalidad en Internet

Grisel Giunta Santimoteo

Las indemnizaciones y otros derechos a favor de las víctimas de delitos en la UE: la responsabilidad por falta de trasposición de la Directiva 2004/80CE y el derecho a una indemnización justa y adecuada

María Remedios Guilabert Vidal

El Derecho de propiedad frente a la ocupación de inmuebles en la jurisprudencia europea

Alfonso J. Iglesias Velasco

Obligaciones del consumidor en caso de desistimiento respecto de contratos de prestación de servicios digitales (STJUE de 8 de octubre de 2020, caso *PE Digital*)

Sebastián López Maza

Una nueva perspectiva del caso *Volkswagen*

Andrés Marín Salmerón

La incidencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y la validez de la comisión de apertura

Loreto Carmen Mate Satué

Vivir de las ganancias del póker en línea no impide al jugador ser considerado consumidor

M.^a Natalia Mato Pacín

El daño sufrido por la pérdida de equipaje facturado: Su valoración

María Medina Alcoz

La sucesión con repercusión transfronteriza: nueva interpretación del TJUE

Antonio Merchán Murillo

Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario con consumidores. Análisis de la posible abusividad de cláusulas sobre índice IRPH. Estudio de la jurisprudencia europea y española más reciente"

Gemma Minero Alejandre

La falta de transparencia como *prius* para el control de abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato de préstamo: análisis de la cláusula IRPH

Virginia Múrtula Lafuente

Diligencias preliminares y propiedad intelectual: el concepto de dirección como dato personal frente a la protección de la propiedad intelectual

M.^a Carmen Ortiz del Valle

El ejercicio del derecho de desistimiento por los consumidores en el contrato de prestación de servicios celebrado fuera de establecimiento mercantil para la elaboración de planos con arquitectos

Jesús Palomares Bravo

El pasajero aéreo conflictivo como circunstancia extraordinaria en el Reglamento (UE) n° 261/2004

Ricardo Pazos Castro

Derecho al respeto a la vida privada y familiar de las personas transgénero. A propósito del caso *Rana* contra Hungría

Francisca Ramón Fernández

Comentario a la STEDH (Sección 5ª) de 9 julio 2020. TEDH 2020\106. Caso Y.T. contra Bulgaria ante la ausencia de marco legislativo para el reconocimiento legal de la identidad de género

María José Reyes López

La necesidad de un consentimiento válido, libre y expreso del interesado para el tratamiento de sus datos personales

Carlos Soler Samper

Capítulo 4. Derecho constitucional

De la despatologización a la autodeterminación de la identidad de género: últimos avances del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jonatán Cruz Ángeles

Causas de no ejecución de una orden de detención europea y debilitamiento del principio de confianza mutua: análisis del auto del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2021

Pablo Cruz Mantilla de los Ríos

El imperioso mandato convencional de la doble revisión de sanciones graves tras Saquetti Iglesias c. España

Amir Al Hasani Maturano

A vueltas con la ponderación de derechos en materia de videovigilancia: interés legítimo, seguridad privada y protección de datos

Mónica Martínez López-Sáez

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de enero de 2021 en el asunto “*TQ y Staatssecretaris van Veiligheid*”, C-441/19

Manuel Medina Ortega

El artículo 4.2 de la Directiva 2000/78 CE sobre la prohibición de discriminación y derecho de autonomía de las iglesias y organizaciones ideológicas ante el TJUE. La STJUE (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2018, asunto IR contra JQ

Gloria Moreno Botella

La alargada sombra del asunto Hofmann: crianza y cuidado, ¿sexo o género?

Nuria Reche Tello

Discapacidad, incapacitación y derecho al voto. En torno a la STEDH en el asunto Caamaño Valle c. España, de 11 de mayo de 2021 (num. 43564/17)

Joaquín Urías

Capítulo 5. Derecho internacional público

El aval indirecto del TJUE sobre los efectos extraterritoriales de una norma interna: El asunto *Google Ireland Limited vs. Hungría*

Ana Cristina Gallego Hernández y Adriana Fillol Mazo

La sentencia *La Quadrature du Net* y el futuro de la normativa de conservación de datos

Ana Gascón Marcén

Reflexiones en torno a la aplicación extraterritorial del CEDH en el caso *Hanan c. Alemania*: la violación del derecho a la vida en el contexto de operaciones militares fuera de Europa

Alessandra Nasoni

La responsabilidad Internacional del Estado por los actos de violencia discriminatorios basados en la orientación sexual y la identidad de género cometidos por sus agentes

Adela Rodríguez Mañogil

Capítulo 6. Derecho internacional privado

La dubitativa doctrina del TJUE en torno a los extranjeros en situación irregular: ¿multa o expulsión?

Esther Gómez Campelo

Efecto directo vertical inverso de las directivas

Raúl Lafuente Sánchez

TEDH y expulsiones en caliente: el criterio de la propia conducta y la creación judicial de derecho administrativo del enemigo

Eduardo Melero Alonso

UE vs. EE. UU., tras la STJUE “Schrems II”

Alfonso Ortega Giménez

Momento de determinación de la minoría de edad del hijo del solicitante de reagrupación familiar en el Derecho europeo

Lucas Andrés Pérez Martín

El interés superior del menor como límite a la expulsión de los extranjeros en situación irregular

Begoña Rodríguez Díaz

Capítulo 7. Derecho financiero y tributario

Tasa versus impuesto en la Directiva 2002/20 de la Unión Europea sobre operadores de telecomunicaciones

Gonzalo Juan Abad Llopis

Posibles implicaciones fiscales del caso *Pizzarotti* en el Impuesto sobre Sociedades español

Esaú Alarcón García

La modificación de la base imponible del IVA por créditos impagados. Valoración de los requisitos previstos en el artículo 80 de la Ley del IVA a la luz de la jurisprudencia comunitaria

Consuelo Arranz de Andrés

El alcance de los principios europeos de efectividad y equivalencia frente a normas que limitan la recuperación de ingresos tributarios indebidos: El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator en España en juego

Yohan Andrés Campos Martínez

Ganancias patrimoniales inmobiliarias: la necesidad de un tratamiento equilibrado entre residentes y no residentes

Antonio Cubero Truyo y Alejandro Torrescusa Cordero

Estudio del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica a la luz del Derecho de la Unión Europea

David García Guerrero

Efectos de la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2020 en materia de prescripción en la recuperación de ayudas de Estado

Marta González Aparicio

Tributos propios autonómico y libertades comunitarias. TJUE 25 de febrero de 2021, asunto C-712/19. Cuestión prejudicial, Novo Banco, S.A. contra Junta de Andalucía

Ana Isabel González González

Un paso más en la construcción jurisprudencial del principio non bis in ídem. En concreto, su vertiente procesal. STEDH, asunto *Mihalache c. Rumanía*, demanda núm. 54012/10, 8 de julio de 2019

Julia López Espejo

La finalidad extrafiscal del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica y su compatibilidad con el Derecho de la UE: STJUE de 3 de marzo de 2021, Asunto C-220/19

Laura Martín Santana

A vueltas con el derecho a guardar silencio en materia tributaria tras la STJUE de 2 de febrero de 2021

Virginia Martínez Torres

La compatibilidad de las normas de precios de transferencia de Rumanía con el Derecho de la Unión. Análisis de la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-558/19

Jorge Juan Milla Ibáñez

Las entradas en el domicilio en materia tributaria

Marta Moreno Corte

La actividad económica versus el mero ejercicio de derecho patrimonial

Gines Parra Ruiz

“Shakira”, STJUE État Luxembourgeois C-245/19

Teresa Pontón Aricha

La denegación de la devolución del IVA a los sujetos pasivos no establecidos en la Unión Europea

Teresa Puchol Tur

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma la Decisión de la Comisión que calificó de ayuda de Estado el régimen fiscal de cuatro clubes de fútbol españoles (Sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2021, Asunto C-362/19 P)

Antonio José Ramos Herrera

De la tutela judicial efectiva a la relevancia de la pertinencia previsible: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2020, asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19

Marina Serrat Romaní

La deducibilidad de intereses derivados de préstamos intragrupo y su coexistencia con el Derecho primario de la Unión Europea: Caso *Lexel*

Benjamín Sevilla Bernabéu

A vueltas con la factura de la luz: El Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica ante el juez europeo

Irune Suberbiola Garbizu

La interpretación del Derecho de la UE realizada por el TJUE y su aplicación por parte los contribuyentes: Comentario a la Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2020, *B y otros contra Administration des contributions directes*, C749/18, (ECLI:EU:C:2020:370)

Iván Vega Pedreño

La noción de *órgano jurisdiccional nacional* a efectos de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE y situación del TEAC en España. A propósito de la STJUE de 21 de enero de 2020 (Asunto 274/14. EU:C:2020:17).

Paula Vicente-Arche Coloma

Capítulo 8. Derecho laboral

Últimas tendencias en materia de videovigilancia laboral: notas a la STEDH, Gran Sala, de 17 de octubre de 2019, en el caso de López Ribalda y otros contra España
Paloma Arrabal Platero

Despido colectivo y “regla del compás” en el cómputo del período de 90 días (STJUE 11 de noviembre 2020, C-300/19, *Marclean Technologies*)
Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

Personas con discapacidad: ¿la apuesta de la Unión Europea por ajustes razonables para conseguir la igualdad y para combatir la discriminación? (II)
Francisca Bernal Santamaría

De nuevo sobre el concepto de “sucesivos” contratos a los efectos de la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada (Directiva 1999/70/CE), TJUE 11.02.2021, M.V. y otros Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) “Dimos Agiou Nikolaou”, asunto C-760/18
Emilio de Castro Marín

Riesgos psicosociales, estrés y tiempo de trabajo
Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada

Exclusión de un operador por no cumplir las cláusulas sociales en la contratación pública, ¿automática o no?
Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada

La aplicación del principio de igualdad entre colectivos con discapacidad: Reflexiones a propósito de una visión necesariamente más integradora
David Gutiérrez Colominas

Cambio de paradigma en el cómputo del período de 90 días para los despidos colectivos: Los conjuntos superpuestos
Juan Francisco Moreno Domínguez

El cómputo de los permisos retribuidos bajo el prisma de la STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588-18)
Raquel Vicente Andrés

Capítulo 9. Derecho mercantil

Protección del derecho de marca y plataformas digitales: ¿cuándo una marca es utilizada por una plataforma de *ecommerce*?
Isabel Antón Juárez

La influencia indebida en la contratación de servicios de telecomunicaciones: reflexiones al hilo del Asunto *Orange Polska*
Elisabet González Pons

Wikingerhof c. Booking.com: ¿Otro paso más hacia una tutela judicial más efectiva para las víctimas de las infracciones del Derecho de la competencia?

Charlotte Leskinen

Mismas prácticas desleales, ¿distintas consecuencias para los consumidores europeos? A propósito de la STJUE de 23 de abril de 2020, C-28/19

Vanessa Martí Moya

Slovak Telekom o el optimismo. ¿Teoría de la unificación u oportunidad perdida?

Pablo Solano Díaz

bEl concepto de “empresa” y de “actividad económica” en el sentido del art. 107.1 TFUE. Sentencia TJUE de 11 de junio de 2020, asuntos acumulados C-262/18P y C-271/18P

Elena Cristina Tudor

Capítulo 10. Derecho penal

Las indemnizaciones y otros derechos a favor de las víctimas de delitos en la UE: la responsabilidad por falta de trasposición de la Directiva 2004/80 CE y el derecho a una indemnización justa y adecuada

María Remedios Guilabert Vidal

Umbral punitivo necesario para no controlar la doble incriminación en la euroorden: *Tempus regit actum*? Sobre el caso *Valtonyc*

Marta Muñoz de Morales Romero

¿Hacia la unificación real del Derecho sancionador? La STEDH as. *Saqueti Iglesias c. España*, de 30/06/2020

Daniel Rodríguez Horcajo

Capítulo 11. Derecho procesal civil

La agonía del régimen legal de las costas en los procesos con consumidores

Marién Aguilera Morales

Competencia judicial internacional para conocer de un procedimiento de insolvencia respecto de particulares que no ejercen una actividad por cuenta propia a la luz de la STJUE de 16 de julio de 2020, *MH y NI c. OJ y Novo Banco SA*, Asunto C-253/19

Clara Fernández Carrón

Proceso civil y negociación obligatoria por disposición judicial, ¿oxímoron o solución?

José Ignacio Martínez Pallarés

¿Debe el juez procurarse de oficio los elementos de hecho y de derecho necesarios para pronunciarse sobre cláusulas cuya nulidad no ha sido instada expresamente por el consumidor?

Antonio Martínez Santos

La aportación telemática de una fotografía como prueba en un procedimiento judicial no es un acto de comunicación al público

Begoña Ribera Blanes

El proceso europeo de escasa cuantía: cuestiones clave a la luz de la jurisprudencia europea

Julio Sigüenza López

Vulneración del derecho a un juicio justo por emplazamiento defectuoso: *Karesvaara y Njie contra España* (STEDH de 15 de diciembre de 2020, núm. 60750/15)

Francisco Verdún Pérez

Capítulo 12. Derecho procesal penal

Derecho tempestivo de asistencia letrada

José María Davó Fernández

Nuevos matices a la conservación preventiva de datos: un cambio de rumbo de la jurisprudencia europea

María Dolores García Sánchez

La aplicación de la regla de exclusión probatoria por vulneración de derechos fundamentales por particulares a la luz de la jurisprudencia del TEDH

Juan Alejandro Montoro Sánchez

Reflexiones sobre el *ámbito subjetivo* y el concepto de indemnización *justa y adecuada* de la Directiva 2004/80/CE

Sabela Oubiña Barbolla

La independencia judicial como prerequisite para la ejecución de la Euroorden: los límites del principio de confianza mutua

Cristina Sáenz Pérez

EPÍLOGO

Jurisprudencia europea en pandemia

Albert Ruda González

ÍNDICE DE SENTENCIAS

Índice de sentencias

Bella Cristina Domínguez Franco

Desistimiento en contratos a distancia relativos al suministro de servicios (digitales)

Carlos Manuel Díez Soto

Catedrático de Derecho civil

Facultad de Derecho, Universidad de Murcia

Resumen

La sentencia comentada constituye una ocasión idónea para reflexionar, a la vista de un caso concreto (un contrato de suscripción a un sitio web dedicado a la búsqueda de pareja) sobre las dificultades prácticas que plantea la determinación de los efectos del ejercicio por el consumidor del derecho de desistimiento en contratos relativos al suministro de servicios digitales, y también sobre la delimitación -recientemente incorporada de manera expresa a la legislación comunitaria- entre estos contratos y aquellos que tienen por objeto el suministro *on line* de contenidos digitales; todo ello en el contexto de las modificaciones introducidas por las recientes Directivas comunitarias sobre contratos de consumo y sobre regulación de los mercados digitales, que están obligando a afrontar una profunda revisión del Derecho español vigente en estas materias.

Palabras clave

Contratos a distancia, derecho de desistimiento, contratos de suministro de servicios y de contenidos digitales.

Abstract

The commented judgment provides an ideal occasion to reflect, in view of a specific case (a subscription contract to a website dedicated to the search for a life partner) on the practical difficulties posed by the determination of the effects derived from the exercise by the consumer of the right of withdrawal in contracts related to the supply of digital services, and also on the delimitation –only recently incorporated into EU legislation– between these contracts and those whose purpose is the online supply of digital content. All this in the context of the modifications introduced by the recent EU Directives on consumer contracts and on the regulation of digital markets, which are forcing a thorough review of current Spanish law in these matters.

Keywords

Distance contracts, right of withdrawal, contracts for the supply of digital services and digital content.

Sentencia que da pie a este estudio

STJUE (Sala 6ª), 8 de octubre de 2020, *EU c. PE Digital GmbH*, C-641/19.

1. Introducción: hechos y planteamiento de las cuestiones prejudiciales

El litigio del que trae causa la presente sentencia se plantea entre un consumidor ("EU") y una sociedad domiciliada en Alemania ("PE Digital"), que explota un sitio de Internet llamado "Parship", dedicado a la búsqueda de pareja. La empresa ofrece a los usuarios dos tipos de suscripción: una de base, gratuita, que permite contactar con otros usuarios de manera muy limitada; y una suscripción *premium*, de pago, cuya duración puede ser variable (6, 12 o 24 meses), y que permite ampliar las posibilidades de contactar con otros suscriptores *premium*, incluyendo una llamada "garantía de contacto". Conforme al sistema diseñado por la empresa, cada suscriptor recibe, inmediatamente después del alta, y de manera automatizada, una selección de sugerencias de pareja, que se elabora mediante el uso de un algoritmo y sobre la base de un test de personalidad relativo a las características, hábitos e intereses relevantes para la búsqueda de pareja. Los resultados del test se incorporan a un "informe de evaluación de la personalidad", de 50 páginas, que los suscriptores *premium* reciben de forma inmediata y por vía electrónica como parte integrante de su suscripción, mientras que los suscriptores "de base" lo pueden adquirir como una prestación separada mediante el pago de una determinada cantidad.

El 4 de noviembre de 2018, EU, actuando como consumidor, celebró con PE Digital un contrato de suscripción *premium*, de una duración de 12 meses, y por un precio global de 523,95 €. De acuerdo con la legislación alemana sobre contratación a distancia (resultado de la transposición de las correspondientes Directivas europeas), PE Digital informó a EU acerca de su derecho a desistir del contrato dentro del plazo de 14 días desde su celebración. Por su parte, EU confirmó a la empresa su consentimiento para que comenzase a prestar el servicio contratado de forma inmediata, y por tanto antes de que finalizase el plazo para el desistimiento. Solo cuatro días después (tras haber recibido el "informe de evaluación de personalidad" y, con toda probabilidad, un buen número de sugerencias de pareja), EU comunicó su decisión de desistir del contrato; PE Digital le facturó entonces un importe total de 392,96 € en concepto de compensación por los servicios ya prestados hasta ese momento. EU demanda a PE Digital ante el Tribunal de lo Civil y Penal de Hamburgo solicitando la devolución de todos los pagos realizados.

El Tribunal alemán suspende el procedimiento y plantea ante el TJUE cuatro cuestiones prejudiciales, relacionadas con la interpretación de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, en la versión entonces todavía vigente. En esencia, tales cuestiones se refieren a tres extremos: a) los criterios que han de seguirse para calcular el importe proporcional que el consumidor debe satisfacer al comerciante por la parte ya prestada del servicio cuando ejercita el derecho a desistir en un contrato celebrado a distancia; b) la posibilidad o no de excluir el derecho de desistimiento respecto a las prestaciones parciales que impliquen el suministro de contenidos digitales no incorporados a un soporte material; y c) los criterios que han de seguirse para determinar si el precio total acordado para la prestación de un servicio es o no excesivo, lo que puede ser relevante a efectos de precisar las consecuencias del desistimiento.

2. Doctrina del TJUE

La STJUE (Sala 6ª), *EU c. PE Digital GmbH*, C-641/19, de 8 de octubre de 2020, en respuesta a las cuestiones planteadas, establece la siguiente doctrina:

a) El art. 14.3 de la Directiva 2011/83 debe interpretarse en el sentido de que, para determinar el importe proporcional que el consumidor debe abonar al comerciante cuando aquel haya solicitado expresamente que la ejecución del contrato dé comienzo durante el plazo de desistimiento, y desista del contrato, procede, en principio, tomar en consideración el precio acordado en dicho contrato para su objeto total y calcular el importe adeudado *pro rata temporis*. Solo cuando el contrato celebrado prevea expresamente que una o varias prestaciones se lleven a cabo íntegramente, por separado, desde el inicio de la ejecución del contrato, a un precio que deberá abonarse separadamente, procederá tener en cuenta el precio total establecido para esa prestación al calcular el importe adeudado al comerciante conforme al art. 14.3 de esa Directiva.

b) El art. 14.3 de la Directiva 2011/83, leído a la luz de su considerando 50, debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si el precio total es excesivo a efectos de dicha disposición, procede tener en cuenta el precio del servicio ofrecido por el comerciante de que se trata a otros consumidores en las mismas condiciones y el de los servicios equivalentes prestados por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato.

c) El art. 16, letra m), de la Directiva 2011/83, leído en relación con su art. 2.11, debe interpretarse en el sentido de que 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 realizado por dicho sitio no constituye un suministro de "contenido digital" en el sentido de esta disposición.

3. El derecho de desistimiento en los contratos a distancia relativos a la prestación de servicios. Antecedentes: la Directiva 97/7/CE

Como es sabido, el derecho a desistir del contrato libremente y sin penalización alguna durante un breve plazo de tiempo, junto con los amplios deberes de información (pre- y postcontractual) impuestos al empresario, han sido los dos instrumentos fundamentales previstos por la legislación de la UE y de los diferentes Estados para reforzar la protección de los consumidores, entre otros, en el ámbito de los sistemas de contratación de bienes y servicios a distancia. Aunque nunca se puso en cuestión la conveniencia de extender la facultad de desistimiento a los contratos de servicios (con algunas excepciones), desde el primer momento fue también evidente que su configuración en ellos no podía ser la misma que en los contratos de venta, habida cuenta de que, por hipótesis, los servicios, una vez prestados, no pueden ser restituidos.

Esta constatación estaba ya presente en la Directiva 97/7/CE, que reguló por primera vez la contratación a distancia en el ámbito comunitario⁴⁸⁸. Aunque en su cdo. 14 se

⁴⁸⁸ En España, las ventas a distancia se regularon por primera vez en los arts. 38 a 48 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, cuya D.A. 1ª extendía dicha regulación, con salvedades, a los contratos de servicios. Aunque la ley española es anterior a la Directiva, en su elaboración se tuvieron muy presentes los trabajos preparatorios de esta; no obstante, tras la aprobación de la Directiva fue necesario reformar la LOCM por medio de la Ley 47/2002. El texto resultante se mantendría en vigor hasta la aprobación, por RDLeg. 1/2007, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU). Sobre la evolución del derecho de desistimiento en la legislación europea, v. SÁNCHEZ ABRIL, OLIVA BLÁZQUEZ y MARTÍNEZ EVORA, *op. cit.*, pp. 1 a 56.

justificaba el derecho de desistimiento (llamado “de resolución” o “de rescisión” en aquella norma) porque, en estos contratos, el consumidor no tiene la posibilidad real de probar el producto o servicio antes de contratar, lo cierto es que, en el caso de los servicios, y ante la imposibilidad de proceder a su restitución una vez prestados, la facultad de desistimiento se situaba, como regla, en una fase anterior al inicio de la prestación del servicio contratado: antes, por tanto, de que el consumidor pudiera comprobar personalmente sus características. Por esta razón, el art. 6.1, tras imponer un plazo mínimo de siete días laborables para el ejercicio del derecho, establecía que el plazo se computaría, en el caso de los bienes, a partir de su recepción por el consumidor, y, en el caso de los servicios, desde la celebración del contrato⁴⁸⁹; en el supuesto de que la ejecución de los servicios contratados hubiera comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días, se excluía la posibilidad de desistir (art. 6.3, inciso primero).

De este modo, el propio sentido del desistimiento se veía, de hecho, alterado respecto al que asumía en las ventas, ya que no se trataba de permitir al consumidor dejar sin efecto el contrato después de haber probado el servicio contratado, sino, simplemente, de reconocerle un periodo adicional de reflexión sobre la conveniencia o no de mantener su decisión de contratar, antes de que se iniciara la ejecución efectiva de aquel. La solución elegida, por otra parte, permitía eludir la necesidad de precisar los efectos del desistimiento respecto a contratos de servicios cuya ejecución ya se hubiera iniciado: si ello sucedía por voluntad del consumidor, este perdía el derecho a desistir; en caso contrario, el consumidor conservaría el derecho a desistir, sin necesidad de abonar cantidad alguna por los servicios ya recibidos (y, lógicamente, sin asumir el coste directo de devolución de las mercancías, que sí se imponía al comprador que desistía).

4. La Directiva 2011/83/UE

El planteamiento expuesto fue objeto de una importante revisión en la Directiva 2011/83/UE⁴⁹⁰, cuyo régimen original es el que interpreta el TJUE en la sentencia que comentamos. La Directiva (que opta por la armonización plena, frente a la armonización mínima de su precedente) amplía el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, cuya duración se fija, en principio, en 14 días naturales contados desde la entrega de los bienes, en el caso de los contratos de venta, y desde la celebración del contrato, en los contratos de servicios (art. 9)⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Los criterios señalados se aplicaban en el caso de que el proveedor hubiera cumplido oportunamente la obligación de proporcionar al consumidor la confirmación escrita de la información relativa al contrato conforme al art. 5. En caso de incumplimiento de tal obligación, el inicio del plazo se retrasaba hasta el momento de su cumplimiento efectivo, y su duración podía verse ampliada hasta tres meses.

⁴⁹⁰ Transpuesta al Derecho español por medio de la Ley 3/2014, que modificó diferentes artículos del TRLCU. Concretamente, los preceptos que en la norma española abordan las cuestiones objeto de la presente controversia son los arts. 108.3 y 103.m) del citado TRLCU, que vienen a reproducir de forma prácticamente literal los preceptos correspondientes de la Directiva (arts. 14.3 y 16.m)).

⁴⁹¹ Al igual que sucedía en la norma anterior, también en la nueva Directiva se prevé la ampliación del plazo de desistimiento cuando el comerciante no haya cumplido sus obligaciones de información frente al consumidor, si bien se establece que, en todo caso, el periodo de desistimiento expirará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial (art. 10 y considerando 43). Como advierte el *Documento de orientación* (cit., p. 58), no facilitar la información exigida puede resultar caro al comerciante, porque el plazo de desistimiento puede

En el caso concreto de los contratos de servicios, la norma introduce una importante novedad respecto a su precedente: aun cuando haya consentido expresamente en que se inicie la ejecución del contrato antes de que transcurra el plazo de 14 días, el consumidor conserva, en principio, el derecho a desistir, si bien deberá abonar al comerciante el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio (art. 14.3)⁴⁹². Es importante subrayar que, para poder reclamar dicho importe, es el comerciante el que tiene la carga de recabar el consentimiento expreso de aquel para la ejecución inmediata de los servicios contratados, en los términos que impone el art. 8.8⁴⁹³. En consecuencia, el consumidor que desista (además de liberarse de cualquier pago pendiente, y de poder exigir el reembolso inmediato de los pagos ya realizados, conforme al art. 13), no habrá de satisfacer cantidad alguna como compensación por los servicios ya prestados, con independencia de que su ejecución haya sido parcial o total, no solo cuando el comerciante no le hubiera facilitado oportunamente la información relativa al propio derecho de desistimiento⁴⁹⁴, sino también cuando la prestación del servicio se hubiera iniciado durante el plazo de desistimiento sin que el empresario contara con su consentimiento expreso -o sin que pueda acreditarlo en los términos señalados- (art. 14.4, a)). El sistema se completa con la previsión del art. 16 (*"Excepciones al derecho de desistimiento"*), de cuya letra a) se sigue que, habiéndose iniciado la ejecución del contrato dentro del plazo de desistimiento con el consentimiento expreso del consumidor, este se verá privado de la posibilidad de desistir a partir del momento en que el servicio haya sido completamente ejecutado, siempre que se cumpla un requisito adicional, cuya prueba corresponde igualmente al comerciante: que al iniciarse la ejecución este hubiera recabado el reconocimiento por parte del consumidor de que es consciente de

ampliarse hasta doce meses, lo que significa que el consumidor puede tener derecho a disfrutar de servicios gratuitos durante bastante tiempo.

⁴⁹² Sobre la justificación de este régimen, v. considerando 50. Se trata de una solución similar a la que ya había sido prevista para el desistimiento en los contratos a distancia relativos a la prestación de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 7 de la Directiva 2002/65/CE; en España, art. 11 de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

⁴⁹³ Según el *Documento de orientación de la Comisión* (cit., pp. 56 y 74), la exigencia de que medie un consentimiento, solicitud o reconocimiento expreso del consumidor debe interpretarse en el sentido de que se exige una acción positiva por su parte, "como marcar una casilla en el sitio web", sin que sea suficiente el uso de una casilla premarcada o de una cláusula incluida en las condiciones generales.

⁴⁹⁴ El art. 14.4.a).i) de la Directiva se remite en este punto al art. 6.1, letras h) y j), que imponen al comerciante la obligación de facilitar al consumidor, antes de que este quede vinculado por el contrato, y de forma clara y comprensible, información relativa (entre otros aspectos) a la existencia -en su caso- del derecho de desistimiento, sus condiciones, plazo y procedimientos de ejercicio, y, cuando proceda, la indicación de que el consumidor tendrá que asumir unos gastos "razonables" por los servicios ya prestados, conforme al art. 14.3. La conveniencia de situar en la fase precontractual la obligación de informar al consumidor sobre la existencia del derecho de desistimiento se justifica precisamente porque el conocimiento sobre este extremo puede reforzar la confianza del consumidor en los sistemas de comercialización a distancia de bienes y servicios, facilitando la celebración de contratos que, de otro modo, quizá no llegarían a celebrarse; distinta es la opinión de SÁNCHEZ ABRIL, OLIVA BLÁZQUEZ y MARTÍNEZ EVORA (*op. cit.*, p. 37), para quienes la posibilidad de desistir no parece ser un factor determinante de la decisión de adquirir el bien o servicio, por lo que entienden que sería funcionalmente "más adecuado" situar la obligación de informar al respecto en un momento posterior a la conclusión del contrato.

que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado, habrá perdido su derecho de desistimiento⁴⁹⁵.

5. En particular, el régimen del desistimiento en el caso de contratos relativos al suministro de contenidos digitales no prestados en un soporte material

El régimen del desistimiento en los contratos a distancia presenta en el texto original de la Directiva 2011/83 especialidades importantes cuando se trata de contratos cuyo objeto es el suministro de contenidos digitales. La Directiva 97/7 no se había ocupado especialmente de estos supuestos, que por entonces -cuando el desarrollo del comercio electrónico a través de Internet se encontraba en una fase incipiente- constituían un sector relativamente marginal del mercado. La norma solo aludía (art. 6.3) a los contratos relativos al suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor; supuestos que se caracterizaban porque los contenidos (no necesariamente digitales) se facilitaban en un soporte material (lo que, en el esquema de aquella Directiva, situaba estos contratos en la órbita de la venta de bienes), y en los que, salvo pacto en contrario, se excluía el derecho de desistimiento desde el momento en que, mediante el desprecintado, el consumidor hubiera conseguido un acceso pleno y definitivo a aquellos contenidos⁴⁹⁶.

A diferencia de su precedente, la Directiva 2011/83 sí tiene presente el extraordinario desarrollo que ya en el momento de su elaboración había experimentado la comercialización a distancia de productos y servicios digitales, no solo mediante su distribución a través de soportes materiales, sino también -y cada vez más- mediante la utilización de distintos sistemas de acceso *on line* (mediante descarga o en *streaming*). La nueva Directiva incorpora una -poco precisa- definición de lo que ha de entenderse por "contenido digital"⁴⁹⁷, para a continuación afirmar la procedencia de incluir en su ámbito de aplicación aquellos contratos a distancia que tengan por objeto, precisamente, el sumi-

⁴⁹⁵ La STS de 24 marzo 2021 (R.J. 1337), recuerda que, "en la lógica de la regulación del derecho de desistimiento, resulta razonable que el consumidor no pueda desistir cuando el servicio ya se haya ejecutado, porque en ese caso ya se habrá beneficiado de la utilidad perseguida por el contrato". Sin embargo, en el caso concreto se admite el desistimiento (en un contrato de corretaje inmobiliario celebrado en el domicilio del consumidor), pese a que el servicio había sido completamente ejecutado, por no haberse cumplido las exigencias previas de información al consumidor y por no haber prestado este su consentimiento expreso, conforme al art. 103.a) TRLCU).

⁴⁹⁶ Como señala PEÑA LÓPEZ (*op. cit.*, p. 1.557), con esta excepción se trataba de evitar que, mediante el ejercicio del desistimiento respecto a bienes susceptibles de ser reproducidos y copiados de forma ilimitada, se pudieran violentar fraudulentamente y de manera sencilla e incontrolable, no solo los intereses económicos del comerciante, sino también los de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

⁴⁹⁷ El art. 2.11) lo define como "los datos producidos y suministrados en formato digital". Según el cdo. 19, "por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos, independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios".

nistro de contenidos digitales, diferenciando, no obstante, el régimen aplicable -especialmente, en lo relativo al derecho de desistimiento- en función de que el suministro se realice o no mediante la entrega al consumidor de un soporte material⁴⁹⁸.

Respecto al primer supuesto, el art. 16, letra i) reitera, en esencia, las previsiones de la Directiva 97/7, excluyendo el derecho de desistimiento en contratos a distancia relativos al “suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega”⁴⁹⁹. Precisamente, la inclusión de una expresa referencia a la “entrega” (ausente en la Directiva 97/7) supone un reconocimiento implícito de que, en tanto se mantenga intacto el precinto, el posible desistimiento del consumidor en estos casos se regirá por las normas previstas para los contratos de venta, por ejemplo en cuanto al momento en que habrá de iniciarse el cómputo del plazo de 14 días (desde que el consumidor entre en posesión del soporte), o en lo relativo a la obligación, impuesta al propio consumidor, de restituir los bienes recibidos y de asumir el coste directo de devolución⁵⁰⁰.

En el caso de los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material (cuya específica consideración sí es una novedad de la Directiva 2011/83), el cdo. 19 comienza advirtiendo que “no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios”⁵⁰¹. La principal especialidad de estos contratos (al margen de los deberes de información que se imponen al comerciante⁵⁰²) se refiere, precisamente, al régimen del desistimiento, que, si bien puede ser ejercitado en los 14 días siguientes a la celebración del contrato (art. 9.2.c), aparece limitado en términos muy rigurosos, ya que, según el art. 16, m), el mismo quedará excluido desde que “la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”. Se trata, claramente, de un régimen más próximo

⁴⁹⁸ Como apunta ÁLVAREZ LATA (*op. cit.*, pp. 1.615 y 1.616), para la Directiva “el contrato de suministro de contenidos digitales se configura como un *tertium genus* entre la compraventa y el contrato de prestación de servicios”; y añade: “Lo anterior determina que la Directiva, y después la Ley 3/2014, según para qué cuestiones los trate como servicios y otras como productos”. En lo que respecta al desistimiento -señala- el principal factor diferencial reside en que el contenido digital se suministre o no en un soporte material.

⁴⁹⁹ Respecto a estos supuestos, recuerda CÁMARA (*op. cit.*, p. 158), con referencia al régimen del TRLCU, la posibilidad de que les sean aplicables otras excepciones al derecho de desistimiento de alcance más general, como las relativas al suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados (art. 103.c), o la relativa al suministro de “prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas” (p. ej., todos los ejemplares publicados de una revista durante dos décadas, suministrados en un DVD), con la excepción, recogida en el art. 103.j), de “los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones”, respecto de las cuales sí cabe el desistimiento, fijándose el *dies a quo* para el cómputo del plazo con arreglo al criterio especial del art. 104.b.3º (adquisición por el consumidor de la posesión material del primero de los bienes suministrados).

⁵⁰⁰ De forma más explícita, señala el considerando 19 que “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”.

⁵⁰¹ Sobre los diferentes planteamientos seguidos los legisladores nacionales y europeos, la jurisprudencia y la doctrina respecto a la reconducción de los contratos relacionados con el suministro de productos y servicios digitales, en sus distintas modalidades, a las diferentes categorías contractuales, en el contexto de la Directiva 2011/83, v. el detallado estudio de CÁMARA, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

⁵⁰² P. ej., en lo relacionado con la funcionalidad, interoperatividad y compatibilidad del contenido digital; cfr. art. 5.1, letras g) y h); art. 6.1, letras r) y s); y arts. 5.2 y 6.2. Tales preceptos han sido objeto de importantes modificaciones a raíz de la promulgación de la Directiva 2019/2161.

al de los contratos de servicios que al de las ventas, ya que no hay en ellos una entrega material de bienes ni es posible la devolución de las prestaciones una vez realizadas⁵⁰³. Pero, en el contexto de la nueva Directiva, se trata de un régimen más estricto para el consumidor que el previsto para los contratos de servicios en general, ya que aquel pierde el derecho a desistir desde el momento en que se inicia la ejecución del contrato con su consentimiento "informado" o "reforzado", al margen de que dicha ejecución haya llegado o no a completarse⁵⁰⁴. En cambio, del art. 14.4.b) se deduce que el consumidor conservará el derecho a desistir, y además no habrá de asumir ningún coste por su ejercicio, cuando se trate del "suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando: i) el consumidor no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días contemplado en el art. 9; ii) el consumidor no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento, o bien; iii) el comerciante no haya dado la confirmación con arreglo al art. 7, ap. 2, o al art. 8, ap. 7"⁵⁰⁵. En definitiva, y como se ha apuntado⁵⁰⁶, la regulación legal en este punto parece más orientada a acentuar los deberes formales y de información precontractual impuestos al empresario que a garantizar la viabilidad del desistimiento una vez que el consumidor ha podido acceder y probar el contenido digital.

⁵⁰³ De hecho, se trata del mismo régimen que en la Directiva 97/7 se aplicaba a los contratos de servicios en general. Más allá del ámbito estricto de la contratación a distancia, el art. 17 de la Directiva excluye, en los contratos de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, la aplicación de los preceptos relativos a la entrega de los bienes y a la transmisión de riesgos.

⁵⁰⁴ Sobre las dudas que esta diferencia de tratamiento ha suscitado en la doctrina, v. CÁMARA, *op. cit.*, p. 156. El *Documento de orientación* (cit., p. 73) relaciona el supuesto del art. 16.m) con el del art. 16.i) en los siguientes términos: "El artículo 16, letra m), persigue un objetivo similar al mencionado en el artículo 16, letra i), por el que se excluyen los soportes de datos tangibles precintados (CD, DVD, etc.) del derecho de desistimiento si el consumidor los desprecinta. Esto significa que, en ambos casos, a diferencia del desistimiento de la prestación de servicios (...), el consumidor no tiene derecho a 'probar' el contenido digital durante el plazo de desistimiento. De este modo, el consumidor perderá el derecho de desistimiento tan pronto como se inicie la ejecución del contrato con su consentimiento y el conocimiento de la pérdida de este derecho, como el inicio de la descarga o de la emisión de un vídeo o archivo de audio. Si el comerciante facilita un enlace web para iniciar la descarga o la emisión, el consumidor solo perderá el derecho de desistimiento al activar el enlace". Como explica CÁMARA (*op. cit.*, p. 101), "en la tesitura entre excluir el desistimiento para ese tipo de contenidos y permitirlo, el legislador europeo optó por conceder tal derecho, pero estableciendo una serie de garantías para no vulnerar los derechos del suministrador y del titular de la propiedad intelectual, dado que la inmediata puesta a disposición del consumidor en línea de estos contenidos -con un valor que bien puede agotarse para el destinatario con el primer uso o bien podría perpetuarse sin coste para él con la confección de una copia idéntica antes del desistimiento- podría ser perjudicial para ese modelo de negocio enteramente *on line*".

⁵⁰⁵ Las circunstancias mencionadas en el art. 14.4.b) no han de concurrir de forma cumulativa, sino alternativa (CÁMARA, *op. cit.*, p. 162; para la Ley española, ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, p. 1.616). En particular, el art. 8 se refiere a los requisitos formales de los contratos a distancia. Concretamente, el art. 8.7, al que se remite el art. 14.4.b) a propósito de los contratos a distancia cuyo objeto sea el suministro *on line* de contenido digital, regula el deber de facilitar al consumidor una confirmación del contrato celebrado, "a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio". Sobre la interpretación de esta exigencia respecto a los contratos de servicios en general y a los de suministro *on line* de contenido digital, vid. el *Documento de orientación de la Comisión*, cit., pp. 41 y 42.

⁵⁰⁶ CÁMARA, *op. cit.*, p. 152.

6. El caso concreto: ¿contenidos digitales o servicios digitales? La Directiva 2019/2161

En el supuesto que nos ocupa, la tercera cuestión prejudicial que se plantea ante el TJUE tiene que ver, precisamente, con la procedencia o no de aplicar al caso el régimen del desistimiento específicamente previsto para los contratos relativos al suministro *on line* de contenido digital. Argumenta el Tribunal remitente que, en el contexto del contrato controvertido, la elaboración y transmisión al consumidor del informe de evaluación de la personalidad al comienzo de la ejecución del contrato podría calificarse, en la medida en que se trata de una prestación parcial separada, como suministro de contenido digital no prestado en un soporte material, lo que, según los casos, podría implicar, bien la exclusión del derecho de desistimiento (si se entendiera que la ejecución del contrato se inició de forma inmediata con el consentimiento del consumidor, conforme al art. 16.m) de la Directiva 2011/83), o bien su viabilidad sin necesidad de satisfacer ninguna compensación (si se diera alguna de las circunstancias previstas por el art. 14.4.b)).

El TJUE comienza recordando que el art. 16, letra m), en cuanto supone una excepción al derecho de desistimiento reconocido a los consumidores, debe ser objeto de una interpretación estricta⁵⁰⁷. Partiendo de esa base, y relacionando el precepto citado con la definición contenida en el art. 2.11) de la Directiva y con lo establecido en su considerando 19, el Tribunal descarta que puedan calificarse como suministro de “contenido digital”, en el sentido de tales preceptos, ni un servicio como el que presta un sitio web dedicado a la búsqueda de pareja, ni tampoco la elaboración y transmisión al consumidor, en el marco del servicio prestado por ese sitio web, de un informe de evaluación de la personalidad basado en un test realizado por dicho sitio.

Aunque la sentencia no explica las razones que justifican su decisión, parece claro que las mismas han de buscarse en la necesidad de diferenciar los conceptos de “contenidos digitales” y “servicios digitales”, y, en consecuencia, entre los contratos relativos al suministro de unos y otros. Una distinción que no aparece expresamente formulada en el texto original de la Directiva 2011/83, pero sí es objeto de una especial atención en su posterior reforma por obra de la Directiva 2019/2161 (“Directiva Omnibus”)⁵⁰⁸, que sin duda tiene muy presente el TJUE al redactar la sentencia que nos ocupa, y que, entre otras modificaciones, acomete una profunda reorganización de las categorías contractuales relacionadas con la prestación de productos digitales en coordinación con las Directivas 2019/770 y 2019/771⁵⁰⁹. La distinción señalada pretende, sin duda, resolver

⁵⁰⁷ Doctrina previamente establecida, por ejemplo, en la STJUE (Sala 1ª) de 15 de abril de 2010 (asunto C-215/08), y más recientemente en la STJUE (Sala 6ª) de 20 de mayo de 2020 (asunto C-208/19).

⁵⁰⁸ Las modificaciones relativas a la Directiva 2011/83 se recogen en su art. 4. Según el art. 7 de la Directiva 2019/2161, los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones necesarias para su transposición, a más tardar, el 28 noviembre 2021, y tales disposiciones deberán ser aplicadas a partir del 28 mayo 2022.

⁵⁰⁹ Las Directivas citadas (transpuestas al Derecho español por RD Ley 7/2021, de 27 de abril, que modifica a tal efecto el articulado del TRLCU) regulan, respectivamente, determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de los contratos de compraventa de bienes. Junto con la propia Directiva 2019/2161 y otras normas (algunas en proceso de elaboración) forman parte de un amplio paquete normativo, encuadrado en la Estrategia de la UE para un Mercado Único Digital (cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre *Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM/2015/0192 final, 6 de mayo de

las dificultades prácticas que, en el contexto de la Directiva 2011/83 -y como había advertido la doctrina⁵¹⁰-, planteaba la utilización de un concepto amplio de "contenido digital" que, en principio, englobaba, no solo el acceso único o extracción única de ciertos contenidos específicos (p. ej., el acceso al archivo digital de una película), sino también ciertos contratos de tracto sucesivo o continuado sobre contenidos digitales (p. ej., suscripciones a periódicos o revistas digitales, vídeo o música bajo demanda, canales de televisión por cable, etc.) cuyo tratamiento, en materia de desistimiento, debería ser más próximo al de los servicios, incluida la posibilidad de desistir con pago proporcional al servicio recibido.

Por lo que ahora interesa, la nueva norma reformula (en ocasiones, mediante la remisión directa a las Directivas últimamente citadas) tanto su lista de definiciones (art. 2) como su propio ámbito de aplicación (art. 3); si bien lo hace atendiendo, como es lógico, a lo que constituye su objeto y finalidad primordial: la regulación de los contratos celebrados a distancia (y fuera de los establecimientos mercantiles) y, especialmente, el régimen del derecho de desistimiento. Junto al concepto, ya manejado en la versión original de la Directiva 2011/83/UE, de "contenido digital" (art. 2, ap. 11): "*datos producidos y suministrados en formato digital*", se incorpora ahora una definición de lo que ha de entenderse por "servicio digital" (art. 2, ap. 16)), que engloba: "*a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos*". Partiendo de esa base, y a efectos de determinar el régimen aplicable al derecho de desistimiento, la nueva Directiva viene a sistematizar las distintas categorías contractuales relativas a la prestación de productos y servicios digitales a cambio de un precio⁵¹¹ en los siguientes términos: a) los contratos de venta de bienes con elementos digitales⁵¹² quedan sometidos al régimen de las ventas a distancia⁵¹³; b) los contratos de suministro

2015), y orientado a adaptar el Derecho comunitario a la nueva realidad derivada de la importante evolución experimentada por los mercados digitales. Para más detalles, v., ESPIN ALBA, *op. cit.*, pp. 3 a 37.

⁵¹⁰ En este sentido, v., p. ej., PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1.561, y, con referencia al Derecho alemán, SEEVOGEL, *op. cit.*, p. 281). V. también CÁMARA (*op. cit.*, pp. 157-158), quien, precisamente, advertía que la posibilidad de abordar una interpretación correctora de la Directiva que permitiese introducir tal distinción resultaba muy dudosa "hasta tanto el TJUE se pronuncie al respecto". La sentencia que nos ocupa parece responder, al menos parcialmente, al interrogante así planteado.

⁵¹¹ Sobre las especialidades que presenta el régimen del desistimiento en aquellos casos en que el suministro *on line* de contenidos o servicios digitales no se realiza a cambio del pago de un precio, sino de la prestación por el consumidor del consentimiento necesario para la captación y tratamiento de sus datos personales, v. las modificaciones introducidas por la Directiva 2019/2061 en el art. 16, letras a) y m), de la Directiva 2011/83. V. también las modificaciones introducidas en los arts. 13 y 14 de esta Directiva a propósito de los efectos del desistimiento sobre los datos (personales y no personales) y contenidos digitales generados o intercambiados electrónicamente entre las partes en este tipo de contratos.

⁵¹² Entendiendo por tales, conforme al nuevo art. 2, ap. 3) (que a su vez se remite al art. 2.5 de la Directiva 2019/771), "todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones".

⁵¹³ Téngase en cuenta que el concepto de venta que maneja la Directiva 2011/83 (art. 2.5) incluye, además de los contratos que impliquen para el comerciante la transferencia o compromiso de transferencia de la propiedad de ciertos bienes, "*cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*". Se trata de los llamados "contratos mixtos" (*Documento de orientación...*, cit., p. 7), en los que la transferencia de la propiedad de los bienes es el fin principal del contrato,

de contenidos digitales que se prestan en un soporte material quedan sometidos a un régimen más próximo al de las ventas a distancia⁵¹⁴, aunque con alguna especialidad⁵¹⁵; c) los contratos de suministro de servicios digitales quedan sometidos al régimen general de los contratos de prestación de servicios a distancia⁵¹⁶; y d) los contratos de suministro *on line* (no prestados en un soporte material) de contenidos digitales quedan sometidos a un régimen específico, próximo al de los contratos de prestación de servicios a distancia, aunque más riguroso para el consumidor⁵¹⁷.

Obviamente, el principal problema que plantea esta sistematización es trazar la línea entre los contratos de suministro *on line* de contenido digital y los de suministro de servicios digitales⁵¹⁸; distinción que puede resultar decisiva, p. ej., a efectos de determinar

pero este incluye también la prestación de servicios relacionados (p. ej., de instalación, mantenimiento, etc.), “independientemente del valor relativo de los bienes y servicios”. Un ejemplo puede verse en la reciente STS de 14 abril 2021 (RJ. 1707) (*infra*, n. 35). Respecto al ejercicio del desistimiento en estos supuestos, téngase en cuenta que, conforme al cdo. 50, las normas sobre restitución se aplicarán a los elementos relativos a los bienes, mientras que el régimen de compensación se aplicará a los elementos relativos a los servicios. No son reconducibles al art. 2.5), sin embargo, los contratos cuyo objeto incluya a la vez servicios digitales y contenidos digitales no incorporados a un soporte material, ya que estos últimos no pueden ser considerados como “bienes”, conforme a la Directiva, ni tampoco cabe hablar en este caso de transferencia alguna de propiedad.

⁵¹⁴ En este sentido, p. ej., ARNAU, *op. cit.*, p. 798. Muy significativo resulta, a propósito de este tipo de contratos, el considerando 20 de la Directiva 2019/770, que explica las razones por las que se ha decidido ubicar sistemáticamente su regulación en esta misma Directiva y en la 2011/83, descartando en cambio su incorporación a la Directiva 2019/771. V., en todo caso, la matizada opinión de CÁMARA (*op. cit.*, p. 95), cuando advierte que la reconducción del suministro de contenido digital con soporte material al ámbito de la compraventa será correcta en la mayoría de los casos, pero no necesariamente en todos (contratos sin precio de ningún tipo, cesión a través de negocios más próximos al alquiler, el comodato o la permuta, necesidad de diferenciar entre la transferencia del soporte mediante compraventa y la cesión limitada del uso del contenido digital por las restricciones derivadas de la propiedad intelectual concurrente, etc.).

⁵¹⁵ Cfr. art. 16, i), que sigue excluyendo el desistimiento desde que el soporte haya sido desprecintado.

⁵¹⁶ Así lo reconocía expresamente el *Documento de orientación* (cit., p. 57). V. art. 2, ap. 6) de la Directiva 2011/83, que se modifica en la Directiva 2019/2161 para incluir expresamente en la definición de “contrato de (prestación de) servicios” los contratos relativos a la prestación de servicios digitales.

⁵¹⁷ V., en particular, art. 16, m), que, aunque modificado, mantiene la exclusión del desistimiento desde que se inicia la ejecución del contrato con el consentimiento del consumidor. Sobre la modificación del art. 14.4, b), en conexión con la del art. 16, m), v. cdo. 44 de la Directiva 2019/2161. Sobre la justificación del diferente tratamiento que, en lo relativo al desistimiento, se dispensa a los contratos de suministro de contenido digital sin soporte material y a los de suministro de servicios, v. CÁMARA (*op. cit.*, p. 149, n. 246): “El régimen de los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material se equipara al de servicios en cuanto al *dies a quo* del desistimiento (...), pero se distancia en punto a las excepciones o a los costes de desistir si la prestación ha comenzado. Las distintas posibilidades de copiado de los contenidos (descargados) frente a ciertos servicios o la difícil pero posible ‘restitución’ de aquéllos (en forma de inutilización o desinstalación), inidónea normalmente para los servicios ya prestados, han obligado al legislador europeo a adoptar reglas distintivas cuya eficacia el tiempo y la evolución técnica determinarán”.

⁵¹⁸ Téngase en cuenta que la Directiva 2019/770 (cdo. 12) opta por no determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, de manera que “la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional”.

los límites del desistimiento en cada caso⁵¹⁹. La trascendencia práctica de la cuestión se refleja en el importante cdo. 30 de la Directiva 2019/2161, que, tras reconocer las dudas que se pueden plantear al respecto, trata de clarificar la distinción ofreciendo algunos ejemplos; propone además una explicación (inexistente en la versión original de la Directiva 2011/83) sobre las razones que justifican las diferencias existentes en materia de desistimiento; y termina formulando un criterio de cierre, optando, en caso de duda, por el régimen -más favorable para el consumidor- de los contratos de servicios.

Parece evidente que el contenido del citado cdo. ha tenido una notable influencia sobre el criterio adoptado por el TJUE en el presente caso. El Tribunal rechaza expresamente que el supuesto analizado pueda ser reconducido al ámbito del suministro *on line* de contenido digital, y afirma, en cambio (de forma indirecta), que se trata de un caso de suministro de servicios digitales, encuadrable en la amplia definición que de estos proporciona ahora el nuevo art. 2.16) de la Directiva 2011/83⁵²⁰ (que a su vez se remite al art. 2.2 de la Directiva 2019/770). En la valoración del Tribunal parece haber pesado igualmente el hecho de que la elaboración y transmisión del informe de evaluación, que en sí mismo sí podría haber sido calificado como suministro de contenido digital no prestado en un soporte material (reconducible, por tanto, al art. 16. m), constituye, en el marco de un contrato de suscripción *prémium*, como la que se daba en este caso, una prestación parcial meramente accesoria integrada dentro del servicio global comprometido por la empresa, y no retribuida por el consumidor de forma separada respecto al resto de prestaciones. En este sentido, sí parece aplicable al caso la doctrina del TJUE sobre los contratos mixtos, cuyo objeto incluye tanto bienes como servicios, al establecer que el régimen aplicable a tales contratos debe determinarse atendiendo a su objetivo principal real y al posible carácter secundario o subordinado de alguna de las prestaciones respecto a otra⁵²¹.

La consecuencia implícita que de ello se deriva es que la viabilidad y efectos del desistimiento en el caso quedan sometidos al régimen general establecido para los contratos de servicios; lo que, dadas las circunstancias, debe llevar a la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 14.3 de la Directiva: el consumidor conserva el derecho a desistir del contrato, aun cuando haya consentido en que se inicie su ejecución de forma

⁵¹⁹ La distinción entre el suministro de contenido digital y el de servicios digitales no aparecía claramente formulada en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales (Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final), antecedente de la Directiva 2019/770, cuyo art. 2.1 incluía dentro de la definición de contenido digital los que posteriormente habrían de ser definidos como "servicios digitales". Para un detenido estudio de esta cuestión, v. ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 796 y ss., y ESPÍN ALBA, *op. cit.*, pp. 14 y ss., quien pone de manifiesto (p. 16) que, "a la propia dificultad de delimitación del contenido o del servicio digital se une la pluralidad objetiva propia de este tipo de suministro".

⁵²⁰ Obsérvese que la descripción del servicio prestado en el caso concreto, contenida en el ap. 15 de la sentencia, coincide casi literalmente con el concepto de "servicio digital" del nuevo art. 2.16), de la Directiva 2011/83: "...procede declarar que un servicio como el prestado por el sitio de Internet dedicado a la búsqueda de pareja de que se trata en el litigio principal, que permite al consumidor crear, procesar o almacenar datos en formato digital, o acceder a ellos, y que permite compartir o interactuar de cualquier otro modo con datos en formato digital cargados o creados por el consumidor o por otros usuarios de ese servicio, no puede considerarse, como tal, suministro de 'contenido digital' en el sentido del art. 16, letra m), de la Directiva 2011/83, leído en relación con el art. 2, punto 11, de esta y a la luz de su cdo. 19".

⁵²¹ Documento de orientación..., cit., p. 8, con cita de las SSTJUE relativas a los asuntos *Marcel Burmanjer* (C-20/03) y *Ker-Optika bt* (C-108/09).

inmediata, si bien habrá de abonar al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento de desistir.

7. La determinación del importe que ha de satisfacer el consumidor por los servicios ya prestados al tiempo de desistir

Una vez confirmada la aplicabilidad al caso del régimen general del desistimiento previsto para los contratos de servicios, y establecido que la ejecución del contrato se inició con el consentimiento del consumidor, aunque no había llegado a completarse cuando este ejerció la facultad de desistir, el problema que subsiste no es otro que concretar, conforme al citado art. 14.3, qué importes habrá de satisfacer el consumidor como compensación por los servicios ya prestados al tiempo de desistir (*rectius*, en el momento en que se informa al comerciante del ejercicio del derecho). Se trata, como decíamos, de la principal cuestión que aborda la sentencia que comentamos, y su trascendencia es evidente, habida cuenta de las importantes dificultades prácticas que ha de llevar consigo la aplicación en cada caso concreto de los criterios generales establecidos al respecto por la Directiva⁵²². El texto del art. 14.3⁵²³ es el siguiente:

“Cuando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el art. 7, ap. 3, o en el art. 8, ap. 8, el consumidor abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato (...)”.

El Tribunal remitente pregunta si la regla de proporcionalidad del art. 14.3 debe aplicarse en el caso conforme a un criterio puramente temporal (*pro rata temporis*), o si deben considerarse las circunstancias concurrentes: en particular, el hecho de que, si bien el precio total pactado es proporcional al tiempo de la suscripción contratada, lo cierto es que, cuando se produjo el desistimiento, una de las prestaciones parciales que integraban el servicio global ofrecido por la empresa (la elaboración y transmisión del informe de evaluación de personalidad) había sido ya ejecutada en su integridad. En la fundamentación de la cuestión prejudicial, el Tribunal alemán se inclina por entender que, a la hora de aplicar el criterio de proporcionalidad respecto al precio total, debería tenerse en cuenta el valor relativo de las distintas prestaciones parciales previstas en el contrato y ya recibidas por el consumidor, atendiendo, en su caso, al objetivo del contrato y al valor que las distintas prestaciones pueden tener para un consumidor medio⁵²⁴.

⁵²² Un supuesto de aplicación de la regla del art. 14.3 (art. 108.3 TRLCU) puede verse en la STS de 14 abril 2021 (RJ. 1707): se trataba de un contrato a distancia por el que una empresa se obligaba a instalar un sistema de calefacción y aire acondicionado por bomba de calor. A la hora de determinar el importe que el consumidor debe abonar por la parte del servicio ya prestada al tiempo de desistir, señala el TS que la prestación era mixta, ya que incluía la adquisición de una bomba de calor por importe de 9.092,24 €, y unas obras de instalación. No habiéndose llegado a entregar la bomba, entiende el TS que la empresa demandada debe restituir los 20.000 € entregados a cuenta por el consumidor, descontando el importe de los trabajos ya realizados, que se habían valorado en 898 €, junto con el interés legal correspondiente.

⁵²³ Cuyo tenor es muy similar al del art. 44.5 de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL); v. al respecto ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, pp. 1.621 y 1.622.

⁵²⁴ El Tribunal remitente parece haber tenido en cuenta en este punto los criterios formulados por el Documento de orientación (cit., p. 57), que, al interpretar el art. 14.3, se mostraba partidario

El TJUE se aparta, sin embargo, de esta interpretación y afirma que, en principio, el importe proporcional que el consumidor debe abonar conforme al art. 14.3 habrá de calcularse teniendo en cuenta todas las prestaciones objeto del contrato, incluyendo tanto la prestación principal como las prestaciones accesorias necesarias para garantizar la prestación principal. Considera el TJUE que, cuando las partes estipulan un precio por las prestaciones comprometidas, este corresponde, en principio, al objeto total del contrato, esto es, tanto a las prestaciones principales como a las accesorias; solo cuando el contrato prevea expresamente que una o varias prestaciones se llevarán a cabo íntegramente, y por separado, desde el inicio de la ejecución del contrato, y por un precio que deberá abonarse separadamente, estará el consumidor en condiciones de decidir oportunamente si debe solicitar expresamente, conforme al art. 7.3 (*sic*: se refiere al art. 8.8), que el comerciante comience a prestar los servicios durante el plazo previsto para el desistimiento. Por tanto, concluye, solo en tal caso habría de tenerse en cuenta el precio total previsto para esa concreta prestación a la hora de calcular el importe que el consumidor que desiste deberá abonar al comerciante. Entiende el TJUE que esta interpretación es la que mejor se corresponde con el objetivo (mencionado en el cdo. 4 de la Directiva) de garantizar un equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de los consumidores y la preservación de la competitividad de las empresas. Habida cuenta de que en el contrato controvertido no se había previsto un precio separado para ninguna prestación parcial, la conclusión del TJUE es que el importe adeudado por el consumidor que desiste, conforme al art. 14.3, deberá calcularse *pro rata temporis*, sobre la base del precio total pactado.

El resultado al que conduce la aplicación al caso del criterio interpretativo sentado por el TJUE es muy favorable para el consumidor, que, como vimos, había contratado una suscripción de 12 meses por un precio total de 523,95 €, pero desistió del contrato solo cuatro días después de haberlo celebrado, cuando ya había recibido el informe de evaluación de personalidad, y cuando, con toda probabilidad, ya había obtenido una parte considerable de la utilidad que previsiblemente cabía extraer de la suscripción *prémium*; y es que, como apunta la propia sentencia, la mayor parte de los mensajes derivados de las sugerencias de contacto formuladas por la empresa se recibían, como promedio, en los primeros días o semanas de suscripción⁵²⁵. A la vista del previsible resultado del pleito principal (PE Digital se habrá visto obligada a restituir a EU la práctica totalidad del importe inicialmente facturado), cabe pensar que, de cara al futuro, la empresa podría estar interesada en rediseñar su estructura de precios con objeto de prevenir un uso oportunista del derecho de desistimiento por parte de los consumidores; y, precisamente, la eventualidad de que, en esta línea, pudiera llegar a diseñarse un sistema que,

de considerar el valor de los servicios realmente recibidos por el consumidor (p. ej., servicios adicionales), o los costes excepcionales que hubiera tenido que afrontar el comerciante para poner el servicio a disposición del consumidor. Recuerda ÁLVAREZ LATA (*op. cit.*, p. 1.614) que, durante la tramitación parlamentaria de la Ley española, se plantearon -y rechazaron- enmiendas que trataban de precisar el importe que debía abonar el consumidor atendiendo, por un lado, al "servicio efectivamente consumido" y, por otro, a la parte proporcional de los costes fijos de prestación del servicio, en caso de que los hubiera.

⁵²⁵ En el apartado 14 de la sentencia se precisa: "En promedio, se envían y se reciben 31,3 mensajes en la primera semana del periodo de suscripción *prémium*, 8,9 mensajes en la segunda semana, 6,1 mensajes en la tercera semana, 5,1 en la cuarta semana y menos de cinco mensajes a partir de la quinta semana". En el apartado siguiente se recuerda que en el caso de la suscripción *prémium* la selección de sugerencias de pareja que recibe de forma automatizada el suscriptor inmediatamente después del alta "ya representa casi la mitad de todas las sugerencias de pareja suministradas al suscriptor durante el periodo contractual".

en la práctica, tuviera por objeto obstaculizar indebidamente el ejercicio por el consumidor del derecho a desistir, nos permite conectar con la tercera de las cuestiones planteadas en la sentencia.

8. La determinación del carácter excesivo del precio

La última cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Hamburgo se refiere a la interpretación de la noción de “precio excesivo” que maneja el art. 14.3 de la Directiva 2011/83, cuando, al regular el importe que el consumidor que desiste deberá satisfacer por los servicios ya prestados, precisa que, *“en caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio”*.

La previsión resulta sorprendente en el contexto de una Directiva de consumo, en la medida en que habilita una vía para que los Tribunales puedan controlar los precios libremente fijados por las empresas que suministran servicios a distancia en atención a su carácter “excesivo”; lo que contrasta llamativamente con la tradicional reticencia del legislador comunitario a la hora de incidir sobre un extremo que, según sus propios planteamientos, debería quedar remitido al buen funcionamiento del mercado y la competencia y, en definitiva, al juego de la oferta y la demanda⁵²⁶. Aunque los considerandos de la Directiva no aportan ninguna explicación al respecto, lo cierto es que la regla adquiere sentido, precisamente, en el contexto del ejercicio del derecho a desistir en contratos de servicios, dado que, en este supuesto, el consumidor está obligado a abonar el importe proporcional de los servicios ya prestados. Es evidente que una de las razones que típicamente pueden llevar al consumidor a desistir es la valoración negativa que aquel pueda hacer de la relación calidad-precio del bien o servicio contratado, una vez que ha tenido ocasión de probarlo (tras la entrega del bien o el inicio de la ejecución del servicio). Ahora bien, si en el caso de los bienes el consumidor que desiste en tiempo y forma puede liberarse por completo de toda obligación relacionada con el pago del precio pactado mediante la restitución de aquellos, en el caso de los servicios siempre subsistiría, al menos parcialmente, la obligación de pagar el precio estipulado, aun cuando fuera la desproporción de este, precisamente, la causa que le llevó a desistir. De este modo, la posibilidad de exigir que el importe abonable conforme al art. 14.3 se determine en proporción al valor de mercado del servicio recibido, y no al precio pactado, cuando se demuestre que este es excesivo, permitirá que el consumidor de servicios pueda hacer uso del derecho a desistir en condiciones más próximas a las del consumidor de bienes.

Por otro lado, la regla del inciso final del art. 14.3 proporciona al consumidor que contrata servicios a distancia un mecanismo de reacción frente a posibles estrategias del empresario orientadas, precisamente, a disuadir a aquel del ejercicio del derecho de desistimiento mediante el diseño de estructuras de precios que pudieran implicar, en su caso,

⁵²⁶ Es, en definitiva, la razón última que justifica la improcedencia de aplicar el control de abusividad a las cláusulas contractuales relativas al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio; v. art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

deberes de pago desproporcionadamente elevados en relación con el valor de los servicios o prestaciones realmente recibidas⁵²⁷: p. ej., asignando a determinadas prestaciones parciales, en el propio contrato, un precio proporcional superior al que les correspondería respecto al precio total, y procediendo a la ejecución inmediata de tales prestaciones tras la celebración del contrato.

En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal remitente había preguntado si el precio total pactado por la suscripción *prémium* podía considerarse excesivo, en el sentido del art. 14.3, dado que el mismo era significativamente superior al precio total acordado con otro consumidor por un servicio del mismo contenido, prestado por el mismo comerciante durante el mismo periodo contractual y sujeto a las mismas condiciones. De la propia sentencia se deduce, en efecto, que el precio acordado entre EU y PE Digital era más del doble del que la empresa cobraba a otros usuarios por un contrato de la misma duración celebrado en el mismo año⁵²⁸.

En su respuesta a la cuestión planteada, el TJUE afirma que el art. 14.3, a la luz del cdo. 50, debe ser interpretado en el sentido de que *“todas las circunstancias relacionadas con el valor de mercado del servicio prestado son pertinentes para apreciar el eventual carácter excesivo del precio total, a saber, la comparación tanto con el precio solicitado por el comerciante en cuestión a otros consumidores en las mismas condiciones como con el precio de un servicio equivalente prestado por otros comerciantes”*. Nótese que el Tribunal afirma la procedencia de tener en cuenta un factor (el precio solicitado por el mismo empresario a otros consumidores por el mismo servicio y en las mismas condiciones) que, sin embargo, no está presente en el cdo. 50, en el que únicamente se alude al precio de servicios equivalentes prestados por otros comerciantes; matiz que adquiere una dimensión especialmente significativa a la luz de la evolución experimentada en los últimos años por los mercados digitales, donde se ha generalizado -y el presente caso podría ser un ejemplo de ello- el uso por las empresas de herramientas informáticas que permiten personalizar de forma automatizada tanto las ofertas de bienes y servicios como los precios correspondientes en función del perfil de cada consumidor, elaborado a partir de los datos personales recabados por diferentes vías⁵²⁹.

En el supuesto concreto, la trascendencia práctica de esta última cuestión prejudicial terminaría siendo muy limitada, ya que, teniendo en cuenta la doctrina sentada por el TJUE a propósito de las anteriores cuestiones, es evidente que, en cualquier caso, el importe que podrá retener la empresa será muy reducido. Pero, más allá del caso específico, es interesante constatar cómo la sentencia que comentamos permite vislumbrar

⁵²⁷ Como indicaba el art. 7.1 de la Directiva 2002/65, sobre servicios financieros, el importe abonable por el consumidor que desiste no debe en ningún caso *“ser de tal magnitud que pueda ser entendida como una penalización”*.

⁵²⁸ Obsérvese, no obstante, que el propio Tribunal remitente considera que un precio total que represente el doble del facturado a otros usuarios por el mismo servicio no es “excesivo”, en el sentido del art. 14.3, mientras no alcance el valor de mercado del servicio prestado o si solo lo supera ligeramente.

⁵²⁹ Cfr. la expresa formulación (en el nuevo ap. e bis del art. 6.1 de la Directiva 2011/83, introducido por la Directiva 2019/2621) de la necesidad de incluir, en la información que se ha de proporcionar al consumidor antes de que este quede vinculado contractualmente, una referencia, en su caso, al hecho de que el precio ha sido personalizado basándose en la toma de decisiones automatizada. V. también cdo. 45 de la Directiva 2019/2161, en el que se recuerda que dicho requisito adicional de información *“se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679, que prevé, entre otros, el derecho del individuo a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”*. Sobre esta cuestión, v. las interesantes reflexiones de WINNER (*op. cit.*, p. 8), y TENA (*op. cit.*, pp. 1 y ss.).

la existencia de un sistema articulado de mecanismos orientados a garantizar -desde un punto de vista no solo teórico, sino también práctico- la viabilidad del desistimiento en contratos de servicios a distancia parcialmente ejecutados; un sistema en el que la doctrina del propio Tribunal sobre el cálculo del importe abonable por el consumidor (*pro rata temporis*, salvo que claramente se hubiera previsto, de forma diferenciada, el pago del precio correspondiente a cada prestación parcial ejecutada) vendría a actuar como una primera línea de control, basada en la idea de transparencia; mientras que el criterio normativo, basado en la posible "excesividad" del precio, quedaría como una última línea de control, orientada a prevenir la articulación por parte del empresario de estrategias encaminadas a dificultar indebidamente el desistimiento, mediante el diseño de estructuras de precios que, en la práctica, pudieran producir un efecto disuasorio para el consumidor.

9. Conclusiones

La sentencia comentada aborda la interpretación del texto original de la Directiva 2011/83 teniendo en cuenta el contexto normativo resultante de las nuevas Directivas sobre contratación digital, especialmente la 2019/2161 y la 2019/770. El resultado es la formulación de algunos criterios interesantes sobre cuestiones que habrán de ser clave en el futuro inmediato, como la delimitación entre contratos relativos al suministro *on line* de contenidos digitales y de servicios digitales, o la determinación de los efectos que han de seguirse del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos relativos al suministro de servicios digitales, fundamentalmente en lo que se refiere a las cantidades que habrá de abonar el consumidor que desiste, en su caso, como compensación por los servicios ya prestados al tiempo de desistir. Con ello se marca un camino que sin duda habrá de tener continuidad en futuras sentencias, habida cuenta de las múltiples incertidumbres que plantea la evolución de los mercados digitales.

10. Agradecimientos

Proyecto de Investigación "El Derecho de contratos en el entorno digital" (PGC2018-098206-B-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, del que son IPs. las Profesoras GONZÁLEZ PACANOWSKA y PLANA ARNALDOS; y Proyecto de Investigación "*Equity crowdfunding*, pymes innovadoras y digitalización de las sociedades mercantiles: avances y desafíos en Derecho europeo y español" (PID2019-104673RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, del que es IP la Profesora SÁNCHEZ RUIZ.

11. Referencias

ÁLVAREZ LATA, N., "Comentario de los artículos 106 a 108", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1.579 y ss.

ARNAU RAVENTÓS, L., "Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, n. 1, pp. 796 a 807.

CÁMARA LAPUENTE, S., "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 11/2014, pp. 79 a 167.

COMISIÓN EUROPEA, DG JUSTICIA, *Documento de orientación de la DG Justicia 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*, junio de 2014 (disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es_updated.pdf).

ESPÍN ALBA, I., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y 'prosumidores' en el Mercado Único Digital", *RDP*, n. 6, nov.-dic. 2020, pp. 3 a 37.

PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario de los artículos 102 a 105", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1.531 y ss.

SÁNCHEZ ABRIL, P., OLIVA BLÁZQUEZ, F., y MARTÍNEZ EVORA, J., "The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: a comparative analysis of American and European law", *InDret*, n. 3, 2018, pp. 1 a 56.

SEEOGEL, J.C., "El contrato de suministro de contenidos digitales en Alemania: particularidades de régimen jurídico", en ORTI VALLEJO, A. y JIMÉNEZ HORWITZ, M. (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 271 a 282.

TENA, R., "¿Son justos los precios personalizados mediante algoritmos?", *El Notario del siglo XXI*, n. 87, sept.-oct. 2019, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-87/9635-son-justos-los-precios-personalizados-mediante-algoritmos>.

WINNER, M., "La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo", *Almacén de Derecho*, 26 febrero 2020, disponible en <https://almacendederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>.