



CONTRATAR EN LA ERA DIGITAL

REINER SCHULZE

WESTFÄLISCHE WILHEMS-UNIVERSITÄT MÜNSTER

CÁTEDRA JEAN MONNET DE DERECHO PRIVADO EUROPEO
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

WORKING PAPER
8/2018

**WORKING PAPERS
JEAN MONNET CHAIR**

A circular logo consisting of twelve yellow stars arranged in a circle, similar to the European Union flag.

**EUROPEAN
PRIVATE LAW**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Resumen: El derecho contractual del s. XXI exige dar respuesta a los retos que plantean los contratos de suministro de contenidos digitales, las plataformas de internet, los contratos inteligentes, la responsabilidad por sistemas autónomos, y los contratos de licencia, no solo a nivel europeo, sino también internacional. This paper focuses on these key developments for shaping the digital single market.

Palabras clave: revolución digital, sistemas autónomos, internet de las cosas, contratos de suministro de contenido digital, big data.

Abstract: *Contract law in the XXI century must respond to the challenges of contracts for the supply of digital content, internet platforms, smart contracts, liability for autonomous systems, and license agreements, not only at European level but also at international level. El presente documento centra su atención en toda esa serie de avances clave para la configuración del mercado único digital.*

Title: *Contracts in the digital age*

Keywords: *digital revolution, autonomous systems, internet of things, contracts for the supply of digital content, big data.*

Índice

I. INTRODUCCIÓN	4
II. CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS DIGITALES	6
1. Hipótesis de partida	6
2. Datos como contraprestación	7
3. Conformidad con el contrato	9
4. Resultado intermedio	11
III. VISIÓN GENERAL: OTRAS MATERIAS.	12
1. Plataformas de internet	13
2. "Smart contracts"	13
3. Responsabilidad por "sistemas autónomos"	14
4. Acuerdos de licencia	15
IV. RESUMEN	15

I. Introducción

Internet ha cambiado profundamente la comunicación, la economía, desde la producción hasta el consumo y casi todos los ámbitos de la vida social. Sólo este ejemplo ilustra el alcance de la “revolución digital”: en 2017, el grupo *Apple*, tan sólo con su *iTunes Store* y la distribución de software, generó unas ventas de casi 30.000 millones de dólares. No hay que ser profeta para pronosticar que este cambio continuará y se intensificará a medida que avance la digitalización. Desde “casas inteligentes” a “vehículos sin conductor” pasando por un largo etcétera de “sistemas autónomos” e “inteligencia artificial” en el “internet de las cosas” y las “divisas virtuales”. ¿Pero qué pasa con el Derecho? ¿Está cambiando tanto a raíz de la digitalización como lo han hecho la comunicación o la economía? ¿Cómo están reaccionando la legislación y la jurisprudencia a los cambios profundos o, ¿cómo deberían reaccionar? Y, sobre todo: ¿cómo debemos adaptar la doctrina, los conceptos y la metodología jurídica a estos cambios?

No hay aún una respuesta clara a estas preguntas; de hecho, pueden observarse algunas tendencias contradictorias. Por un lado, es evidente que la digitalización ha modificado en gran medida las actividades de los juristas – desde la negociación de contratos a través de Skype y la celebración de contratos en Internet, pasando por el uso de colecciones digitales de jurisprudencia y bibliotecas digitales, hasta los registros electrónicos y el “expediente electrónico” de los tribunales. Por otro lado, el Derecho de la digitalización parece ser, en gran medida, algo que sólo unos pocos especialistas dominan. Estos argonautas del Derecho de Internet han creado sus propias revistas y desarrollan teorías osadas (por ejemplo sobre la personalidad jurídica de los robots), mientras que la mayoría de los abogados no están interesados en este “mundo paralelo”. Incluso las fuentes tradicionalmente más importantes del Derecho privado, las grandes codificaciones del Derecho civil y del Derecho mercantil, parecen no verse afectadas en gran medida por la digitalización en términos de estructuras y principios generales. Incluso para temas relativamente nuevos, como los principios del Derecho contractual europeo – y quizás también para los principios correspondientes de otras regiones del mundo como América Latina – para una parte de la literatura, la digitalización no desempeña un papel central. Por el contrario, a veces casi podría tenerse la sensación de que la comparación de las codificaciones nacionales de los siglos XIX y XX se considera una base suficiente para elaborar principios para el derecho supranacional del siglo XXI sin tener que analizar los cambios resultantes de la digitalización.

A la luz de estas observaciones, me gustaría señalar, en primer lugar, que hay que analizar los retos que la digitalización supone para el Derecho e incluirlos en los

proyectos de modernización del Derecho privado tanto en nuestros países como a nivel supranacional; en segundo lugar, que estas respuestas jurídicas a la digitalización no deben adoptarse de forma aislada únicamente para determinados temas específicos, sino que deben tener en cuenta la coherencia del Derecho privado en su conjunto.

En cuanto al primer aspecto (la modernización del Derecho privado), las reformas que se han ido produciendo en algunos países europeos constituyen, en mi opinión, una buena base para ello (por ejemplo, el nuevo Código civil holandés, la reforma del Derecho de obligaciones alemán del año 2002 y la reforma francesa del Derecho de contratos de 2016). Sin embargo, estas reformas aún no han tenido en cuenta los cambios específicos resultantes de la digitalización (como, por ejemplo, los nuevos objetos de los contratos y los tipos de contratos para el suministro de contenidos digitales; las relaciones jurídicas en las plataformas de internet; la responsabilidad de la "inteligencia artificial"; los Derechos de datos y la protección de la personalidad frente a los "Big Data", etc.). Por lo tanto, se necesita una "segunda ola" de modernización que responda a los nuevos retos. Estas respuestas de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina no necesitan desarrollarse en cada país de forma individual y aislada. De hecho, es más acorde con el carácter transnacional de la digitalización y las formas de comunicación asociadas a ella, dar respuestas jurídicas, en la medida de lo posible, a nivel supranacional o, al menos, aportando un intercambio de experiencias nacionales. En otras palabras: la digitalización brinda la oportunidad de discutir de forma conjunta sobre los principios de un Derecho privado moderno con juristas de distintos países de una región del mundo como Europa y entablar un diálogo con otras regiones del mundo.

En relación con el segundo punto (la coherencia del Derecho privado), soy de la opinión que los retos de la digitalización no sólo conciernen a materias específicas como los Derechos de autor, la protección de datos, etc. Más bien abarcan también las „clásicas“ áreas fundamentales del Derecho contractual, el Derecho de responsabilidad civil y los Derechos reales y, por lo tanto, las bases del Derecho privado en general. Por consiguiente, las respuestas jurídicas no sólo deben adoptarse bajo la perspectiva de una única área „especial“ del Derecho privado, sino trazando las conexiones entre lo específico y lo general. Dicho de otro modo: las respuestas jurídicas a la digitalización no son sólo un asunto para especialistas en "Derecho de Internet" o cualquier otro campo "especial", sino un reto para todos los juristas.

Aquí me centraré en la "contratación" y, con ello, en el Derecho contractual como un ámbito central. El contrato es el instrumento jurídico más importante para una economía de mercado. Sin Derecho contractual, una economía de mercado no puede funcionar. Por lo tanto, la pregunta central para todos nuestros países es cómo

adaptar el Derecho de la “contratación” al mundo digital. Pero en el tiempo del que dispongo, no puedo responder a esta cuestión en relación a todos los ámbitos del Derecho de contratos. Me limitaré por ello a una materia que tiene una gran relevancia económica y que, además, nos afecta a todos personalmente: los contratos sobre suministro de contenidos digitales (por ejemplo, la aplicación en mi teléfono móvil; la música que escucho en YouTube; el programa de texto que utilizo para escribir una carta o para hacer un trabajo para la universidad). Después sólo trataré otras materias de forma breve.

II. Contratos sobre contenidos digitales

1. Hipótesis de partida

Empecemos nuestras reflexiones acerca de los contratos de suministro digital con un caso simple: un estudiante de Derecho, llamémosle Sebastián, se ha descargado en su ordenador un programa de traducción español-alemán que la „Start Up“ *Paudis* ofrece en internet. En la descripción se dice que el programa es gratuito y fiable e incluye una reseña mensual de la nueva legislación alemana en español. Para poder descargarse el programa, Sebastián debe dar su nombre, su fecha de nacimiento, su dirección de correo electrónico y especificar su carrera universitaria. Cuando la semana siguiente quiere, por primera vez, con ayuda de ese programa, traducir una carta del español al alemán, se da cuenta, lamentablemente, que ni siquiera la traducción del encabezamiento „querido amigo“ funciona, ya que en el programa mismo no hay equivalente alemán para estas simples palabras en español. Además, el resumen mensual de la legislación alemana lo esperó en vano. Cuando se queja a *Paudis*, estos responden que Sebastián no tiene ningún derecho porque el programa lo ha recibido gratuitamente y que puede estar contento de haber podido descargar cualquier cosa.

Casos de este tipo pueden sucedernos a cada uno de nosotros. Todos nosotros utilizamos contenido digital que nos ofrecen en internet o mediante cualquier medio físico (DVD, USB). Algunas veces, pagamos dinero para ello; a menudo son suficientes nuestros datos personales para recibir “gratuitamente” estos contenidos digitales. ¿Qué derechos tenemos en este caso?

Para aclararlo, tenemos que hacernos sobre todo tres preguntas:

¿Si el proveedor de contenidos digitales no recibe dinero sino sólo datos del cliente, estamos ante una relación contractual?

¿Qué estándares podemos aplicar a las obligaciones del proveedor de contenidos digitales y a los derechos del cliente?

¿Qué remedios jurídicos tiene el cliente cuando el proveedor incumple sus obligaciones?

A continuación, me gustaría abordar brevemente estas tres cuestiones tomando la futura legislación de la Unión Europea como base. Hasta ahora, estas preguntas tienen que ser contestadas sobre bases jurídicas diferentes en cada país y, en muchos de ellos, seguramente, las respuestas todavía no están claras. La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Directiva para lograr respuestas comunes en toda la Unión Europea. Esta Directiva sobre los contratos con los consumidores para el suministro de contenidos digitales (Directiva Digital) se está debatiendo actualmente en el Parlamento Europeo y el Consejo y se espera que se adopte dentro de unos meses.

Será una de las piedras angulares del Derecho contractual europeo en materia de digitalización y, por lo tanto, merece nuestra especial atención. Por lo tanto, me complace utilizar este discurso para entrar en más detalles sobre esta directiva (y me remito a la versión del Consejo de junio del año pasado).¹

2. Datos como contraprestación

La nueva Directiva se extenderá a muy distintos tipos de contenido digital (por ejemplo vídeo, audio, imágenes, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software). En este amplio ámbito de aplicación hay que destacar, sobre todo (y esto concierne a nuestra primera cuestión), que la Directiva Digital no sólo se aplica si el consumidor paga por los contenidos digitales con dinero. Más bien, la Directiva reconoce dos tipos de contraprestaciones: „se paga un precio o el consumidor facilita activamente **otra** contraprestación no dineraria en forma de **datos** personales u otro tipo de datos“.

De esta disposición de la Directiva Digital se deriva una consecuencia más amplia para el Derecho de contratos en general: el concepto de contraprestación, es decir, el „clásico“ término clave para definir los contratos sinalagmáticos, se adapta a los desarrollos del "mundo digital" de tal manera que también incluye el "pago" con datos.

La razón y la justificación de esta decisión legislativa pueden verse rápidamente cuando se examina el papel de los datos – y más concretamente: del comercio de datos – en la economía digital actual. La norma reacciona así no sólo a los nuevos desarrollos tecnológicos y a las nuevas prácticas comerciales que conllevan sino también al correspondiente desarrollo de nuevas formas de patrimonio. Desde un punto de vista económico, para el proveedor de contenidos digitales, los datos que le ha transmitido el consumidor pueden tener un gran significado, bien para su propio

¹ Nº doc.: 9641/17 + ADD 1, 01.06.2017.

uso o para su venta a otras empresas que recopilan datos. Sin embargo, a menudo, el consumidor no es nada consciente de este valor patrimonial. Él cree, por ejemplo, que recibe “gratis” un servicio de internet como “regalo” de la empresa cuando una empresa le informa sobre la situación del tráfico, o cuando recibe un nuevo software u otra cosa y él (el consumidor) tiene que proporcionar a cambio datos sobre su persona, su residencia actual, sus hábitos de consumo o algo similar. A menudo, el consumidor, debido a la aparente gratuidad del servicio prestado por la empresa, cree que no tiene ningún derecho de garantía como los que podría reclamar en un contrato sinalagmático. Aquí, la Directiva Digital prevé claramente una solución opuesta que no sólo serviría para aclarar la situación jurídica (y el posterior desarrollo del concepto de contraprestación en el Derecho contractual europeo), sino también (ojalá) para sensibilizar a los consumidores a este respecto.

Pero, pese al reconocimiento del valor económico de los datos, aún hay que tener presente, como también se acaba de mostrar en la reciente discusión sobre derechos de datos, que estos datos se distinguen notoriamente de otros objetos del patrimonio. En respecto a los derechos de datos, es muy discutible hasta qué punto o en qué medida puede hacerse una analogía de la propiedad sobre objetos corporales y de ese modo poder hablar de una “propiedad” de datos. A diferencia de lo que sucede con la transmisión de la propiedad, la transmisión de datos tan sólo conduce a que el receptor pueda obtener un aumento de su patrimonio, pero no tiene que conllevar necesariamente una correspondiente pérdida (un “menos”) en el patrimonio de la contraparte. Si el cliente, por ejemplo, cede datos referentes a su edad, su dirección o sus hábitos de consumo a una empresa, estos siguen perteneciendo aún al propio cliente. La ganancia de la empresa que usará esos datos o que los revenderá no necesariamente corresponde con la pérdida patrimonial del cliente. Las consecuencias de esta característica especial de los datos respecto a los derechos de datos, la transmisión de datos y, con ello, el comercio de datos, aún debe considerarse más a fondo – uno de los retos para los juristas en los próximos años.

En este contexto, la nueva normativa propuesta por la Comisión Europea hay que valorarla como un paso constante hacia la adaptación del derecho contractual a los cambios económicos provocados por la digitalización. Al interpretar esta normativa surgirán problemas (como, por ejemplo, qué significa la facilitación „activa“ de datos). Pero, independientemente de ello, la normativa nos brinda una respuesta fundamental a nuestra primera cuestión central: según el futuro Derecho europeo, tiene lugar un contrato bilateral o sinalagmático, cuando el proveedor no recibe dinero del cliente, sino „sólo“ datos. Esto acarrea la consecuencia que dichos contratos no se regirán por las disposiciones relativas a los contratos unilaterales sino que, del mismo

modo que con el pago en dinero, se les aplicarán las reglas de los contratos sinalagmáticos.²

3. Conformidad con el contrato

Esto nos lleva ya a nuestra segunda cuestión – la cuestión central para las partes de un contrato sobre contenidos digitales: ¿Qué estándares se aplican a los derechos y obligaciones de este contrato? Si el legislador reconoce los contratos de contenidos digitales como contratos sinalagmáticos, debe elaborar normas para los derechos y obligaciones de las partes (y, en particular, para los derechos de garantía del cliente) que sean apropiadas para los contratos sinalagmáticos (es decir, normas similares a las del contrato de compraventa).

Para ello, el legislador europeo sigue en la Directiva Digital el mismo camino que en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías y la Directiva europea sobre venta de bienes de consumo. En estas normas para la compraventa internacional y a nivel europeo, la „conformidad con el contrato“ es un concepto clave. En la compraventa, el concepto permite distinguir según el vendedor no haya procedido a la entrega de la cosa (falta de cumplimiento) o sí que la haya entregado, pero no según lo pactado en el contrato. En este último caso, se puede considerar no conforme al contrato todo el conjunto de anomalías o irregularidades de la prestación debida que, en la terminología tradicional de algunos ordenamientos jurídicos, se describen como vicios de la cosa o vicios jurídicos (como, por ejemplo, los «vicios ocultos», vices cachés).

En esta misma línea, la Directiva Digital ha elaborado un concepto de conformidad que actúa como fundamento de la responsabilidad del proveedor y de los remedios jurídicos de que disponen los consumidores³ Aunque el nuevo proyecto legislativo

² Sin embargo, no puedo profundizar más en la cuestión de qué tipo de contrato recíproco caracteriza el suministro de contenidos digitales. Esta cuestión es muy discutida y se responde de formas distintas. Cuando el contenido digital se suministra mediante un objeto físico (como un DVD), tiene sentido aceptar un contrato de compraventa. En muchos otros casos, especialmente cuando se suministra a través de Internet sin soporte físico de datos, se puede asumir un servicio - pero dependiendo de las categorías nacionales respectivas para los tipos de contrato y con muchas variaciones y características especiales (por ejemplo, en el caso de "streaming" con una aproximación al contrato de alquiler). La propuesta de la Comisión Europea para la Directiva ha intentado superar estos problemas utilizando su propio enfoque unificado del contrato de suministro de contenidos digitales (independientemente de las categorías tradicionales de compra y servicio). Las disposiciones sobre los derechos y obligaciones de las partes en el suministro de contenidos digitales básicamente se refieren, en la propuesta, a todo tipo de contratos sobre suministro de contenido digital, sin diferenciar entre compraventa y prestación de servicios. Esta aplicación de normas uniformes en las disposiciones de la Directiva sigue siendo un enfoque innovador, independientemente de si la versión final de la Directiva utiliza las categorías tradicionales de compra y servicio, pero no abandona sustancialmente esta perspectiva uniforme.

³ Arts. 10-12 Directiva Digital.

para el mundo digital hace gala de una notoria continuidad conceptual con el Derecho europeo vigente, también incorpora considerables modificaciones.

Así, la propuesta de Directiva muestra estas modificaciones innovadoras, por primera vez, en un listado de características y requisitos que, en su mayoría, cobran especial importancia para los contenidos digitales. Según el catálogo no cerrado de la Propuesta Directiva Digital,⁴ los contenidos digitales son conformes al contrato cuando, entre otros, cumplan con los requisitos de cantidad, calidad, duración y versión, funcionalidad, interoperabilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad acordados.

Finalmente, y sobre todo, la evolución del concepto de conformidad exige poner de relieve dos aspectos de la dimensión temporal de la prestación, tal y como se expondrá a continuación:

Primero: Los contenidos digitales no se pueden suministrar en una única entrega. Más bien será habitual que se suministren de forma continuada durante un periodo de tiempo. Por eso, la conformidad no puede referirse a un momento concreto en el tiempo, sino que la exigencia debe mantenerse en el tiempo.

El suministro de contenidos digitales de forma continuada en el tiempo no se corresponde tanto con la compraventa, cuanto con la prestación propia de los contratos de servicios y, por eso mismo, la proximidad entre el suministro de contenidos digitales y este tipo de contratos indica la posibilidad de la transposición del concepto de conformidad de la compraventa a los contratos de servicios, o incluso a la teoría general de los contratos, lo cual permitiría aplicarlo a todo tipo de contratos, incluidos los contratos de servicios (como se reconoce en Derecho alemán desde la modernización de 2002).

Sin llegar a plantear la posibilidad de una generalización tan amplia, la Directiva Digital sí que se ha pronunciado a favor de usar el concepto de conformidad en el suministro de contenidos digitales a lo largo de un periodo de tiempo. La Propuesta Directiva Digital prevé que los contenidos digitales deben ser conformes con el contrato «durante este periodo».⁵ En consecuencia, la responsabilidad del suministrador por cualquier falta de conformidad se aprecia en dos momentos: por un lado, al tiempo de suministrar el contenido digital; y, por otro, durante el plazo de suministro de los contenidos digitales.⁶

⁴ Art. 6.1 Directiva Digital.

⁵ Art. 6.3 Directiva Digital.

El segundo aspecto a mencionar brevemente es la actualización (o, haciendo uso del término inglés, *updating*), que a menudo es necesaria para permitir al cliente hacer un uso prolongado de los contenidos digitales. Según la Propuesta Directiva Digital⁷, los contenidos digitales tan solo son conformes con el contrato cuando se pueden actualizar según la forma prevista en el contrato.

Como se acaba de ver, la Directiva Digital combina elementos nuevos con enfoques que ya pueden considerarse tradicionales en el Derecho de la compraventa europeo. Lo demuestran los conceptos de conformidad, pero también el sistema de remedios. Parece que la estructura básica de remedios es la que ya configuraron la Directiva europea sobre venta de bienes de consumo: la corrección del cumplimiento, la reducción del precio, la resolución del contrato y la indemnización por daños y perjuicios.⁸ La Directiva Digital sigue el modelo de la Directiva europea sobre venta de bienes de consumo, también respecto de la primacía de la corrección del cumplimiento. En consonancia con este principio, la Directiva Digital coloca en la cúspide de los remedios por falta de conformidad el derecho del comprador a exigir el suministro de conformidad con el contrato, sin cargo alguno.⁹ Sin embargo, la norma tiene en cuenta el diferente objeto contractual, que ya no son mercancías, sino contenidos digitales. **[Slide 11]** Por ejemplo, la Directiva establece que en el caso de la resolución del contrato el proveedor debe tomar medidas para abstenerse de utilizar los datos obtenidos por parte del consumidor y debe además facilitarle la recuperación de los datos puestos a su disposición. El consumidor, por su parte, entre otros deberes, tiene el de eliminar los contenidos digitales recibidos o bien hacerlos ilegibles.¹⁰

4. Resultado intermedio

Resumamos lo que hemos descubierto sobre la nueva Directiva europea: Con esta Directiva, el Derecho contractual se adapta en aspectos importantes al „mundo digital“. Esta adaptación combina la continuidad de los conceptos clave del Derecho privado europeo con enfoques innovadores respecto a las nuevas tecnologías y prácticas empresariales. En especial, se amplía el concepto de contraprestación y el de contrato sinalagmático en aras al „pago“ con datos. El concepto de conformidad con el

⁶ Art. 10 letras b) y c) Directiva Digital.

⁷ Art. 6.1 letra d) Directiva Digital.

⁸ Art. 12 Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO L 171, de 7 de julio de 1999 (Directiva europea sobre venta de bienes de consumo).

⁹ Art. 12.1 Directiva europea sobre venta de bienes de consumo.

¹⁰ Art. 13.2 Directiva europea sobre venta de bienes de consumo.

contrato, (originariamente empleado en la compraventa) se transferirá a todos los contratos sobre contenido digital (también a la prestación de servicios); y se concretará mediante características especiales de la prestación en relación con el contenido digital y se ampliará (especialmente en lo que se refiere al „entorno digital“ y la „dimensión temporal“ de la prestación; así, es decir, por ejemplo, reglas sobre la accesibilidad permanente a los contenidos digitales y sobre actualizaciones). Por lo que se refiere a los remedios jurídicos, la continuidad de los conceptos estructurales está igualmente ligada a la innovación (por ejemplo, por lo que se refiere al uso y la supresión de datos). En este sentido, hay varios ámbitos en los que es evidente el método legislativo de partir de conceptos clave del Derecho contractual, ampliando su ámbito de aplicación y combinándolo con innovaciones específicamente relacionadas con las consecuencias tecnológicas y comerciales de la digitalización.

Este método ofrece la oportunidad de tener en cuenta la coherencia de la legislación contractual en el contexto de la nueva legislación sobre cuestiones clave, independientemente de que la Directiva contenga algunas lagunas y ambigüedades. Se critica con razón, por ejemplo, que no contiene ninguna regla sobre daños (sino que deja esto a la legislación nacional); que no incluya los contratos entre empresas („Business to Business“); y que algunas cuestiones en relación con la protección de los datos personales (que la Unión Europea ha regulado en otro nuevo texto legal, el "Reglamento general de protección de datos"), no se aclaran.

Pero por lo que respecta a nuestro estudiante Sebastián del caso inicial (y a muchos otros casos en la práctica), ya podemos dar a los consumidores buenas noticias sobre la base de esta Directiva: en virtud de la futura legislación europea, los datos personales que Sebastián ha facilitado al proveedor del programa de traducción se considerarán como contraprestaciones. Por lo tanto, el programa de traducción no es un "regalo", sino el objeto de un contrato sinalagmático. En el marco de este contrato, la prestación prestada por el proveedor no era conforme con el contrato (debido a la falta de palabras en el programa de traducción y a la falta de suplementos mensuales). Por lo tanto, Sebastián tiene derecho a reclamar que el proveedor le proporcione una versión del programa sin estos errores y con los correspondientes suplementos. Si el proveedor no cumple con esta reclamación, Sebastián puede rescindir el contrato con la consecuencia de que el proveedor ya no puede utilizar sus datos.

III. Visión general: otras materias.

Esta nueva legislación europea sobre contratos de suministro de contenidos digitales constituye un primer paso importante para adaptar el Derecho contractual a los retos de la digitalización. Pero esta legislación sólo se refiere a un aspecto de estos desafíos.

Habrá que reconsiderar otras cuestiones y resolver otros problemas, ya que la digitalizaci3n afecta a casi todos los ámbitos del Derecho contractual y, por lo tanto, al sistema del Derecho contractual en su conjunto. Me limitar  a describir brevemente otros cuatro ejemplos que no puedo tratar con más detalle.

1. Plataformas de internet

En primer lugar, las plataformas de Internet son una cuesti3n prioritaria para la legislaci3n y la jurisprudencia. Estas plataformas son en muchos ámbitos de la economía de suma importancia para las empresas y los consumidores (las grandes como *Alibaba*, *ebay*, *airbnb*, *uber* e innumerables más pequeñas). Supongamos que nuestro estudiante Sebastián ha pedido su programa de traducci3n a través de una plataforma de Internet que ofrece a los estudiantes materiales de estudio, literatura técnica, etc. Anuncia que opera en interés de los estudiantes y s3lo promueve productos de proveedores fiables. Cuando Sebastián quiere quejarse al proveedor de quien recibí su programa de traducci3n de los errores que este contiene, se da cuenta de que este proveedor acaba de declararse en bancarrota. Por lo tanto, Sebastián desea saber si tiene algún derecho frente al operador de la plataforma de Internet.

En lo que se refiere a las cuestiones jurídicas sobre estas plataformas de internet, se requiere sobre todo una aclaraci3n en cuanto a la responsabilidad del operador de la misma. Con frecuencia, éste no solo intermedia en la conclusi3n del contrato (entre el vendedor y el comprador del bien o el proveedor y el cliente del servicio), sino que determina su contenido, participa en su negociaci3n y en la ejecuci3n del contrato. Por este motivo, se cuestiona la responsabilidad del operador de la plataforma en relaci3n con las partes en el contrato sobre la base de sus relaciones contractuales con ellos o sobre la base de una responsabilidad precontractual (como por ejemplo, según lo previsto en el Derecho alemán, no s3lo para las futuras partes de un contrato, sino también para un tercero que reclama especialmente la confianza y, por lo tanto, influye de forma significativa en las negociaciones contractuales o en la celebraci3n del contrato;   311 III BGB).

2. "Smart contracts"

En segundo lugar, en un futuro pr3ximo nos ocuparemos de la celebraci3n "aut3noma" de contratos y de „smart contracts“ o contratos inteligentes (en la legislaci3n de la Uni3n Europea y, en general, en la doctrina). Nuestro Sebastián, por ejemplo, comprar  un refrigerador que registra cuando Sebastián ha tomado tres paquetes de leche y está programado para pedir leche "independientemente" a un proveedor en Internet para reponer la provisi3n en el refrigerador. En el futuro, la "inteligencia artificial" decidirá a menudo si, con quién y con qué contenido se celebra

un contrato, y recogerá y evaluará las "experiencias" para seguir desarrollando el contenido de los contratos. En cuanto a los "smart contracts", se debate sobre si las normas relativas al perfeccionamiento del contrato responden adecuadamente a la "autónoma" determinación del contenido del contrato a través de la "inteligencia artificial" (por ejemplo, cuando se cambia el precio o los términos de la entrega de acuerdo con las tendencias del mercado sin que participe una persona física o sólo es informada en algunos casos). Además de las reflexiones muy dudosas sobre la comprensión de la "inteligencia artificial" como persona jurídica, se consideran varios enfoques para adaptar las normas relativas a la declaración de voluntades y, en especial, el derecho de representación a la nueva realidad. Esto abarca, por ejemplo, las reglas del error; y posiblemente, nos inspiraremos en el antiguo Derecho de la esclavitud romana para extraer sugerencias para los fenómenos modernos como la imputación de la "acción inteligente" por parte de actores sin capacidad jurídica.¹¹

3. Responsabilidad por "sistemas autónomos"

No sólo habrá que repensar las normas para la conclusión de un contrato (incluido el error y la representación). También para la responsabilidad (la contractual y la extracontractual) surgen nuevas cuestiones (nuestro tercer punto de ejemplo). Esperemos cinco años hasta que nuestro Sebastián ya no sea un estudiante sino que ha formado una familia, ha comprado una casa – un "hogar inteligente" con una cortadora de césped que arranca cada semana independientemente y corta el césped con precisión –pero también un día, por error, corta los tulipanes del jardín del vecino (lo que le indigna y exige una indemnización a Sebastián). O esperemos unos cuantos años más para que Sebastián compre un "auto sin conductor" (tal como lo produce ahora una empresa); y consideremos el trágico suceso en el que este auto atropella a un niño.

Con estos ejemplos me gustaría señalar sólo brevemente un tema muy discutido y que merecería una conferencia propia.: la responsabilidad por el uso de la "inteligencia artificial" en sistemas autónomos de alto riesgo (por ejemplo, los vehículos sin conductores o determinados dispositivos de "Smart Home"). El punto de partida para la responsabilidad en este ámbito lo proporciona la legislación europea sobre responsabilidad por productos defectuosos, que durante más de 30 años ha conducido a una aproximación de las normas en Europa en las cuestiones reguladas en ellas. Sin embargo, es muy controvertido en qué medida los contenidos digitales, en particular los datos, pueden considerarse "productos" en el sentido de esa normativa y en qué

¹¹ Schulze/Staudenmayer/Lohsse, Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction in Lohsse/Schulze/Staudenmayer, Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, 2017, pp. 19 ss.

medida la protección ofrecida es suficiente a la vista de los nuevos riesgos potenciales, aun cuando se adecuará el concepto de producto. Además de una visión actualizada de la responsabilidad por los productos defectuosos, debe plantearse la incorporación de una responsabilidad específica para los operadores de dispositivos con "inteligencia artificial" o de "sistemas automatizados", sin control humano directo, pero cuyo empleo genera riesgos especiales para las personas. El Derecho de daños y el Derecho de los contratos quedarían interrelacionados, así si una responsabilidad objetiva estuviese vinculada con un seguro obligatorio (como sucede en muchos países por ejemplo con la responsabilidad de los vehículos de motor o con la responsabilidad de los operadores por instalaciones de riesgo, tales como las centrales eléctricas).

4. Acuerdos de licencia

En cuarto lugar quisiera destacar, por último, uno de los aspectos más importantes del Derecho contractual en la "era digital": el papel central de los acuerdos de licencia. Cuando se trata de la distribución de contenido digital, los acuerdos sobre la licencia determinan en última instancia hasta qué punto el cliente puede utilizar el producto digital (ya sea que se le permita copiar el software, la película, etc., editarlo, dárselo a sus amigos, etc.). En cierto sentido, los contratos de licencia, con respecto a los productos digitales tienen, por lo tanto, una importancia igualmente destacada en el sistema moderno del Derecho contractual como la compraventa en el de la época "predigital".

Por ese motivo los contratos de licencia (en un sentido amplio) parecen cobrar cada vez más relevancia en la práctica contractual y el derecho contractual en la era digital, ya sea en un tipo de contrato independiente o en combinación con otros tipos de contratos en el marco de los contenidos digitales. En consecuencia, resulta cada vez más difícil la separación del Derecho de los contratos y el Derecho de la propiedad intelectual. Quizás por esta razón, se requiera reconsiderar a la vista de las nuevas preguntas que plantea la era de la digitalización, si es posible conservar la sistemática del Derecho privado y la tradicional demarcación entre el derecho de obligaciones y los derechos reales (la propiedad).

IV. Resumen

Termino mi presentación con estos ejemplos. La protección de los clientes en el suministro de contenidos digitales; las plataformas de Internet; la perfección de los "contratos inteligentes"; la responsabilidad por "sistemas autónomos" o "inteligencia artificial"; el papel central de los acuerdos de licencia – todo esto demuestra hasta qué punto y a qué profundidad la digitalización cambia la "contratación" y desafía la

adaptación del derecho contractual a este cambio. Tendremos que repensar muchas cosas y, ustedes en particular, como la generación que está creciendo con este cambio y que experimentará el rápido progreso del cambio en la actividad profesional durante las próximas décadas. La correspondiente modernización del derecho contractual corresponderá a diversos agentes: los juristas de las empresas, asociaciones y bufetes de abogados ya están aportando una importante contribución mediante la elaboración de contratos (también “condiciones generales” y contratos tipo) que corresponden a las nuevas condiciones en el marco de la autonomía privada. En muchos ámbitos, la jurisprudencia podrá y estará obligada a interpretar las normas y principios del Derecho contractual de acuerdo con esta nueva situación. La legislación podrá facilitar la “contratación” en la “era digital” a través de un nuevo Derecho dispositivo (como lo ha hecho también en el pasado). Tendrá que actuar con cautela para no obstaculizar el desarrollo dinámico de los productos digitales mediante normas inadecuadas. Sin embargo, también tendrá que proteger a los consumidores y a otros clientes contra los grandes operadores a través de normas imperativas si la autorregulación del mercado no funciona. En último lugar, aunque no por ello menos importante, la doctrina deberá contribuir a que estas innovaciones necesarias no conduzcan a una pérdida de coherencia en el Derecho privado, sino que esta coherencia se restablezca siempre mediante la combinación de continuidad e innovación. Sólo de esta manera se puede garantizar la previsibilidad y la aplicación uniforme – y, por tanto, la seguridad jurídica y la justicia – frente a la digitalización.

Permítanme concluir diciendo que, dado el carácter global de la digitalización en todos nuestros países, estas tareas se llevan a cabo de forma similar en los países de Europa, América Latina y otras partes del mundo. Por lo tanto, la digitalización es también una invitación a internacionalizar el Derecho, inicialmente en el marco de las "regiones del mundo" y, si es posible, en el futuro, más allá de estas regiones. Sin embargo, para dar respuesta a los retos transfronterizos de la digitalización, no tenemos que esperar las correspondientes nuevas Directivas a escala europea y nuevos convenios a escala internacional. Más bien, el primer enfoque fundamental consiste en intercambiar experiencias y sugerencias entre nosotros, juristas de diferentes países. Por este motivo, reuniones como ésta, que ustedes han organizado aquí, contribuyen decisivamente a las tareas comunes en materia de Derecho contrac



Este obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).