

**Asunto C-438/19**

**Petición de decisión prejudicial**

**Fecha de presentación:**

11 de junio de 2019

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania)

**Fecha de la resolución de remisión:**

4 de junio de 2019

**Parte demandante, apelante y recurrida en apelación:**

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

**Parte demandada, apelante y recurrida en apelación:**

Frontline Digital GmbH

[omissis]

Pronunciada el 4 de junio de 2019

[omissis]

[omissis]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

**RESOLUCIÓN**

En el litigio seguido entre

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Confederación de centrales y asociaciones de consumidores — Central de consumidores Confederación Asoc. Inscr.),

parte demandante, apelante y recurrida en apelación,

[omissis] y

Frontline Digital GmbH,

parte demandada, apelante y recurrida en apelación,

[*omissis*] la Sala Vigésima de lo Civil del Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania), tras la vista celebrada el 30 de abril de 2019 [*omissis*],

ha resuelto:

I.

Se suspende el procedimiento.

II.

El Oberlandesgericht Düsseldorf plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de 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 (DO 2011, L 304, p. 64) (en lo sucesivo, «Directiva»):

1. ¿En el caso de los contratos a distancia, existe suministro de contenido digital al consumidor en el sentido del artículo 16, letra m), de la Directiva si celebra un contrato con un comerciante relativo a la participación en una «plataforma de contactos» basada en Internet?

2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial:

¿El comienzo del suministro de contenidos digitales al consumidor por parte del comerciante conduce a la pérdida del derecho de desistimiento del consumidor de conformidad con el artículo 16, letra m), de la Directiva también cuando, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 7, de la Directiva, el comerciante no ha enviado previamente al consumidor una confirmación de la celebración del contrato que contenga la información indicada en dicha disposición?

Si en ese caso sigue existiendo el derecho de desistimiento del consumidor:

¿Debe informarse al consumidor en ese sentido con antelación con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra k), de la Directiva?

Fundamentos:

1 La demandante es la confederación de las dieciséis centrales de consumidores existentes en Alemania y de otras veinticinco organizaciones de orientación social

y de defensa de los consumidores. Está incluida en la lista de entidades habilitadas de conformidad con el artículo 4 de la Unterlassungsklagegesetz (Ley relativa a las Acciones de Cesación). La Bundesamt für Justiz (Oficina Federal de Justicia, Alemania), como autoridad requerida por el Bundeskartellanwalt (Defensor de la Competencia) de la República de Austria conforme al Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (DO L 2004 de 364, p. 1), ha encargado a la demandante poner término a determinadas infracciones intracomunitarias de la legislación protectora de los intereses de los consumidores.

- 2 La demandada, con domicilio en Alemania, es la titular de la «plataforma de contactos» [www.parwise.at](http://www.parwise.at). Se trata de un servicio de búsqueda de pareja en línea dirigido a consumidores con residencia habitual en la República de Austria. Describe el objeto de sus actividades de la siguiente manera:

El proveedor suministra contenidos digitales tanto gratuitos como de pago. Los clientes pueden visualizarlos y utilizarlos sobre todo en forma de contenidos generados por los usuarios como, por ejemplo, perfiles de usuario, fotografías y mensajes. No se adeuda la generación de contactos.

Antes del alta gratuita en el sitio web se solicitan al usuario diferentes características de su personalidad a fin de poder presentarle propuestas de pareja ajustadas a él. La condición de «miembro premium», de pago, incluye la recepción ilimitada de mensajes, la visualización de todas las fotografías y un derecho ilimitado a establecer contactos. Antes de la celebración del contrato de pago, el consumidor recibe, entre otras cosas, la siguiente información:

«Es mi deseo explícito que el proveedor comience inmediatamente después de la compra con el suministro de los contenidos digitales antes de que expire el plazo de desistimiento. Me consta que en virtud de este consentimiento perderé mi derecho de desistimiento una vez que los contenidos digitales sean suministrados.»

- 3 Esta información, además de otras cláusulas que no son pertinentes, es impugnada por la demandante. Considera que la demandada no informa debidamente al consumidor sobre su derecho de desistimiento [referencia a las diferencias terminológicas entre los ordenamientos jurídicos alemán y austriaco]. En su opinión, el contrato no se refiere al suministro de contenidos digitales, sino que debe clasificarse como un contrato de servicios ordinario. Por el contrario, la demandada argumenta que sí se trata del suministro de contenidos digitales, de modo que la información, a la vista de los artículos 6, apartado 1, letra k); y 16, letra m), de la Directiva, no es criticable.
- 4 El Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal) condenó a la demandada conforme a las pretensiones de la demanda, a que

en el marco de actos de comercio frente a consumidores que tengan su residencia habitual en la República de Austria,

informe a los consumidores, antes de realizar su declaración contractual que implique la concertación de la condición de miembro de pago en una plataforma de contactos, del siguiente modo acerca de la extinción del derecho de desistimiento:

«Es mi deseo explícito que el proveedor comience inmediatamente después de la compra con el suministro de los contenidos digitales antes de que expire el plazo de desistimiento. Me consta que en virtud de este consentimiento perderé mi derecho de desistimiento una vez que los contenidos digitales sean suministrados.»

cuando esto suceda del siguiente modo:



**PARWISE.at**  
Online Partnersuche mit Niveau

Wählen Sie ihr gewünschtes Zahlungsmittel

📌 Diese Seite ist mit einer SSL-Verschlüsselung gesichert

Ihr Zahlungsmittel SEPA-Bankeinzug

SEPA-Bankeinzug 

Ihre Zahlungsdaten

Vorname  ⚡ Tragen Sie hier den Vornamen des Kontoinhabers ein.

Nachname

IBAN

BIC

Alle Preisangaben inkl. der gesetzlichen MwSt. Details zu Ihrem Widerrufsrecht finden Sie in unseren AGB. Ich wünsche ausdrücklich, dass der Anbieter sofort nach dem Kauf ohne Verzögerung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch diese Zustimmung mit Bereitstellung der digitalen Inhalte mein Widerrufsrecht verliere. Für die von Ihnen gewählte Zahlungsart fallen keine zusätzlichen Gebühren an.

**Kaufen**

Para fundamentar su resolución, el Landgericht expuso que una declaración como la que antecede por parte del consumidor no puede realizarse antes o al mismo tiempo que la declaración contractual, sino solamente después de la celebración del contrato, extremo que se impugna con el recurso de apelación de la demandada.

- 5 La República de Austria ha transpuesto la Directiva, entre otras, mediante la Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Ley federal sobre contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento; en lo sucesivo, «Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz» o «FAGG»). Establece, entre otras cosas, que:

«Artículo 3

A efectos de la presente Ley federal, se entenderá por:

[...]

6. “contenido digital”: los datos producidos o suministrados en formato digital;

Artículo 4, apartado 1:

Antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato o por su declaración contractual, el comerciante le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información:

8. cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y la forma de proceder para ejercer ese derecho, [...];

[...]

11. cuando proceda, sobre la inexistencia de un derecho de desistimiento con arreglo al artículo 18 o sobre las circunstancias en las que el consumidor pierde su derecho de desistimiento;

Artículo 7, apartado 3:

El comerciante deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado [...] en un plazo razonable después de la celebración del contrato [...], a más tardar [...] antes del inicio de la ejecución del servicio. [...] Cuando proceda, la confirmación del contrato también deberá contener una confirmación del consentimiento del consumidor y del conocimiento por su parte a que se refiere el artículo 18, apartado 1, punto 11.

Artículo 18, apartado 1:

El consumidor no ostentará un derecho de desistimiento en el caso de los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento relativos a:

11. el suministro de contenidos digitales, que no se almacenen en un soporte material, cuando el comerciante, con el consentimiento expreso en caso de comienzo anticipado de la ejecución del contrato, haya comenzado con el suministro [...] antes de que expire el plazo de desistimiento una vez facilitada una confirmación [...] con arreglo al [...] artículo 7, apartado 3.»

*Sobre la primera cuestión prejudicial*

- 6 Previamente procede aclarar que el objeto de la demanda, como se desprende de la redacción de la pretensión y del debate ante la Sala, es únicamente la información supuestamente incorrecta facilitada al consumidor sobre su derecho de desistimiento. En ese sentido, es irrelevante que el consumidor, como resulta de la captura de pantalla reproducida, pinchando en el botón de compra que está directamente debajo del texto exprese al mismo tiempo su consentimiento para el comienzo inmediato de la ejecución y para la pérdida del derecho de desistimiento que esto implica. Por lo tanto, la Sala no tiene que decidir si un consentimiento así solamente se puede manifestar después de la declaración contractual y no al mismo tiempo (como ha apreciado el Landgericht, siendo controvertido entre las partes) y si el consentimiento es «expreso» (lo que es dudoso, pues la declaración de consentimiento es una opción por defecto establecida por la demandada que no puede ser desactivada por el consumidor).
- 7 El desenlace del litigio depende, en primer lugar, de si el objeto del contrato referente a la «plataforma de contactos» es o no (únicamente) el suministro de contenidos digitales. En caso de respuesta afirmativa, la información deberá examinarse a partir de los detalles del artículo 8, apartado 1, letra k), de la Directiva (véase la segunda cuestión prejudicial). Si la respuesta a la primera cuestión prejudicial es negativa, la demanda estará fundada por el mero hecho de que, en ese caso, la demandada informa indebidamente de la extinción del derecho de desistimiento desde el inicio de la ejecución del suministro, mientras que con arreglo al artículo 16, letra a), de la Directiva, aplicable por deber calificarse la relación como contrato de servicios, solo puede extinguirse una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado.
- 8 Según la jurisprudencia, el suministro de contenidos digitales debe apreciarse no solo en el caso de actos de suministro únicos por el comerciante, sino que también debe considerarse en el caso de las relaciones contractuales de larga duración (véase OLG München [Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Múnich], ECLI:DE:OLGMUEN:2016:0630.6U732.16.0A [omissis] acerca de un contrato sobre acceso por Internet a un programa de televisión). Esta opinión encuentra fundamento, entre otros, en el artículo 14, apartado 4, letra b), de la Directiva, que prevé la exclusión del deber del consumidor de restituir el valor también en caso de un suministro solamente parcial de los contenidos digitales que se adeudan.
- 9 Incluso tomando esta opinión como punto de partida, la Sala se inclina por negar la aplicabilidad de esta norma en el presente asunto. El objeto del contrato no se

limita al «suministro» de contenidos digitales al consumidor. Por el contrario, la demandada estaba obligada adicionalmente a mantener durante el período de vigencia del contrato la posibilidad de ponerse en contacto con otros miembros. Asimismo, la demandada tuvo que permitir la introducción de datos por parte del miembro y, en el marco de su concepto empresarial, también debía permitir el acceso a ellos de otros miembros para que terceros pudieran ponerse en contacto con el cliente. Por tanto, el consumidor no es un mero receptor de contenidos digitales que con sus deseos solamente desencadena su suministro, sino que él mismo también es suministrador de datos que son puestos a disposición de otros clientes. El concepto empresarial de la demandada precisamente consiste en que el mayor número posible de consumidores introduzca sus datos, los pongan en conocimiento de otros consumidores y a través de los datos establezcan el contacto. Con ello, la prestación debida por la demandada se excede por su propia naturaleza del mero suministro de contenidos digitales al consumidor que los demanda. Siendo el objetivo lograr un elevado nivel de protección de los consumidores (artículo 1 de la Directiva) en general las excepciones se interpretarán de manera restrictiva. Por lo que se refiere a la excepción prevista en el artículo 16, letra c), de la Directiva, en un asunto relativo al suministro e instalación de un salvaescaleras en un edificio residencial, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) (ECLI:DE:BGH:2018:300818UVIIZR243.17.0, [omissis]) dictaminó que, cuando el suministro de la mercancía no constituye el elemento principal del contrato, la excepción no es aplicable. La cuestión de la aplicabilidad del artículo 16, letra m), de la Directiva aún no se ha aclarado y tiene implicaciones no solo en el contexto de la Directiva, sino también para la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO 2019, L 136, p. 1).

*Sobre la segunda cuestión prejudicial*

- 10 En caso de que el contrato se refiera al suministro de contenidos digitales, deberá verificarse si la información facilitada por la demandada se ajusta a las normas que le son aplicables. Se suscitan las siguientes cuestiones parciales:
- ¿El derecho de desistimiento del consumidor se extingue siempre en las circunstancias a que se refiere el artículo 16, letra [m]), de la Directiva o deben cumplirse condiciones adicionales [véase la letra a)]?
  - Si deben cumplirse condiciones adicionales, ¿la información que debe facilitar el comerciante al consumidor debe contener dichas condiciones [véase la letra b)]?

a)

- 11 No se ha aclarado si el derecho de desistimiento, suponiendo que el consumidor haya consentido debidamente, se extingue en virtud del artículo 16, letra [m]), de la Directiva en cuanto comience la ejecución del suministro por el comerciante o si la extinción está sujeta a condiciones adicionales. Es el objeto de la primera cuestión parcial. Con arreglo al artículo 8, apartado 7, primera frase, de la Directiva, el comerciante debe enviar una confirmación al consumidor a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Según la segunda frase, letra b), de la Directiva, la confirmación incluirá también el «previo consentimiento expreso del consumidor y [el] conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 16, letra m)». Es controvertido si el consumidor pierde su derecho de desistimiento incluso en el caso de que tal confirmación no se lleve a cabo antes de que el comerciante comience a suministrar los contenidos digitales. El legislador austriaco lo niega al hacer depender esta pérdida expresamente de que el suministro comience «una vez facilitada una confirmación con arreglo al [...] artículo 7, apartado 3»; [omissis]. En cambio, el legislador alemán ha asumido que el artículo 8, apartado 7, de la Directiva no es más que una obligación de documentar, de modo que también sin el envío previo de la confirmación se puede producir la extinción del derecho de desistimiento (Bundestag, publicación 17/12637, p. 55/56, p. 64; [omissis]). Considera que la falta de tal confirmación solo crea dificultades en materia de prueba para el comerciante.
- 12 El texto del artículo 16, letra m), de la Directiva no prevé dicho requisito. La única duda que se suscita es si debe deducirse del contexto general de dicho artículo, a la luz del artículo 8, apartado 7, de la Directiva. El legislador nacional carece de margen de apreciación a este respecto (artículo 4 de la Directiva). También se señala que, de lo contrario, ya no quedaría un ámbito de aplicación para el artículo 14, apartado 4, letra b), inciso iii) (en el mismo sentido, Bundestag, publicación 17/12637, p. 64, si bien concluye que, en consecuencia, no es necesario transponer la disposición al Derecho nacional).
- b)
- 13 Asumiendo que el derecho de desistimiento del consumidor se extingue únicamente si el comerciante también ha enviado la confirmación con arreglo al artículo 8, apartado 7, de la Directiva antes de que comience el suministro de los contenidos digitales, se suscitara la segunda cuestión parcial de si el comerciante debe informar también de esta condición (lo que no sucedió en este caso). Con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra k), de la Directiva, cuando no se haya previsto un derecho de desistimiento del consumidor con arreglo al artículo 16, el comerciante facilitará al consumidor también información sobre las circunstancias en las que el consumidor pierde el derecho de desistimiento.
- 14 El texto del artículo 6, apartado 1, letra k), no es del todo claro. Por una parte, se puede interpretar en el sentido de que el consumidor solo debe ser informado de las circunstancias mencionadas en el artículo 16. Esto no incluiría el requisito del envío previo de la confirmación del contrato, que resulta del artículo 8, apartado 7,

de la Directiva. Por otra parte, también se puede entender en el sentido de que, en los casos contemplados en el artículo 16, en los que puede extinguirse el derecho de desistimiento, se deberá informar de las circunstancias en su totalidad que dan lugar a la extinción, es decir, también del requisito de envío previo de la confirmación del contrato.

- 15 El objetivo de establecer un alto nivel de protección de los consumidores (artículo 1 de la Directiva) parece favorecer una obligación de información amplia. Una información insuficiente puede impedir que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento en casos en los que aún le corresponde ese derecho.
- 16 Frente a este punto de vista se podría alegar que la obligación de facilitar información también sobre el requisito del envío previo de una confirmación del contrato de conformidad con el artículo 8, apartado 7, de la Directiva exigiría demasiado al comerciante, ya que este requisito solo se deriva de una interpretación del texto a partir del contexto general, cuando dicha interpretación es además controvertida. En la jurisprudencia alemana relativa a la información sobre el derecho de desistimiento se aprecia en parte que el comerciante, al redactar la información, podría guiarse por el tenor de la ley, incluso si éste no es claro o, examinado junto con otras disposiciones, impreciso (por ejemplo, Bundesgerichtshof ECLI:DE:BGH:2017:16057UXIZR586.15.0, apartado 23 [*omissis*]).

[Firmas]

[*omissis*]