

Javier Martínez Calvo
Universidad de Zaragoza

Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

Sumario

-
La posibilidad de que los datos personales constituyan una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ha sido prevista por vez primera en la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Sin embargo, la regulación que recoge es muy sucinta, dejando en el aire muchas cuestiones, como la concreta calificación contractual que ha de darse a los contratos de intercambio de datos personales por contenidos o servicios digitales, el momento y la forma en la que se produce la cesión de los datos personales, las especialidades que plantea el ejercicio de los deberes de información precontractual a cargo del empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento y de la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales por parte del consumidor o las consecuencias del incumplimiento del contrato tanto por parte del empresario como por parte del consumidor. A estas y otras cuestiones se tratará de dar respuesta en las siguientes páginas.

Abstract

-
The possibility that personal data may constitute a consideration in contracts for the supply of digital content or services has been provided for the first time by Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. However, the regulation it contains is very succinct, leaving many questions unanswered, such as the specific contractual qualification to be given to contracts for the exchange of personal data for digital content or services, the time and form in which the transfer of personal data takes place, the special features of the exercise of pre-contractual information duties by the entrepreneur, the effects of the exercise of the right of withdrawal and revocation of consent to the processing of personal data by the consumer or the consequences of breach of contract by both the entrepreneur and the consumer. These and other questions will be addressed in the following pages.

Title: Personal data as a possible consideration in contracts for the supply of digital content and digital services

-
Palabras clave: Consumidores, Datos personales, Contraprestación, Contenido digital, Servicio digital, Contratación electrónica.

Keywords: Consumers, Personal Data, Consideration, Digital Content, Digital Service; E-Contracting.

-
DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.03

4.2021

Recepción
22/06/2021

-

Aceptación
26/07/2021


-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Marco jurídico**
- 3. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales**
- 4. La cesión de datos personales para su tratamiento por un tercero**
 - 4.1. Derecho a la protección de datos de carácter personal
 - 4.2. El consentimiento del titular como presupuesto de la licitud del tratamiento de datos personales
- 5. La cesión de datos personales como posible contraprestación contractual en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales**
 - 5.1. Los datos personales como instrumento de cambio en el mercado
 - 5.2. Valor económico de los datos personales
 - 5.3. Supuestos excluidos: la cesión de datos personales como requisito técnico o legal para el suministro de contenidos y servicios digitales
- 6. Algunas cuestiones controvertidas en torno a la configuración de la cesión de datos personales como contraprestación contractual en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales**
 - 6.1. Calificación contractual
 - 6.2. Momento y forma de cesión de los datos personales del consumidor
 - 6.3. Deberes de información precontractual
 - 6.4. Ejercicio del derecho de desistimiento
 - 6.5. Problemas relativos a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor
 - a. Emisión de un consentimiento libre
 - b. Revocación del consentimiento
 - 6.6. Consecuencias del incumplimiento del contrato
 - a. Incumplimiento contractual por parte del consumidor
 - b. Incumplimiento contractual por parte del empresario
 - c. En particular, los efectos de la resolución del contrato
- 7. Conclusiones**
- 8. Tabla de sentencias citadas**
- 9. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales han experimentado un importante auge en los últimos tiempos y cada vez tienen un mayor protagonismo en la economía de la Unión Europea. El mayor crecimiento se ha producido en la adquisición de contenidos y servicios digitales en línea, y a su vez es donde existen mayores incertezas, dado su carácter relativamente novedoso. Y es que, aunque la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ha tratado de dotar a este tipo de contratos de un marco legal unitario que proporcione mayor seguridad jurídica a los consumidores en un mercado cada día más globalizado, todavía existen muchas cuestiones pendientes de desarrollo legislativo, y a buen seguro que van a ir apareciendo otras nuevas, pues es evidente que nos encontramos ante una materia en constante evolución.

Una de las cuestiones que más controversias genera en relación a este tipo de contratos tiene que ver con aquellos supuestos en los que el consumidor que adquiere los contenidos o servicios digitales no ha de efectuar a cambio ninguna contraprestación de carácter dinerario. Aunque pudiera parecer que nos encontramos ante contratos gratuitos, veremos que en realidad no siempre es así. De hecho, en la mayoría de los casos sí que existe una contraprestación a cargo del consumidor, consistente en la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario que suministra los contenidos o servicios digitales, cuando dicha cesión comprende más datos de los necesarios desde un punto de vista técnico o legal para que el empresario pueda suministrarle los mencionados contenidos o servicios. Como tendremos la oportunidad de observar, aunque el legislador ha establecido algunas precisiones para este tipo de contratos, todavía quedan muchas cuestiones sin resolver.

A lo anterior hay que añadir que el marco regulador de este tipo de contratos implica la interacción de dos normativas distintas, cuyos principios inspiradores no siempre se compadecen bien: por un lado, las normas existentes en materia de consumo, en particular, las reguladoras de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y, por otro, la legislación dictada en materia de protección de datos personales.

Precisamente, comenzaré haciendo referencia al marco jurídico al que van a quedar sujetos estos contratos, con el objeto de que el lector pueda situarse. A continuación, mencionaré separadamente el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales y los supuestos de cesión de datos personales para su tratamiento por un tercero, para pasar a referirme posteriormente a la fusión de ambas realidades a través del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales y, en concreto, a la posibilidad de que los datos personales actúen a modo de contraprestación contractual en el ámbito del comercio digital. Por último, abordaré las principales controversias que plantea este tipo de contratos, como su concreta calificación contractual, el momento y la forma en la que se produce la cesión de los datos personales, las especialidades que presenta el ejercicio de los deberes de información precontractual a cargo del empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento y de la revocación

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo y del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

del consentimiento para el tratamiento de los datos por parte del consumidor o las consecuencias del incumplimiento tanto por parte del empresario como del consumidor.

2. Marco jurídico

Como anticipaba, el marco jurídico en el que nos vamos a mover estará integrado no solo por la normativa de protección de los consumidores, sino también por la de protección de datos personales. Además, en ambos ámbitos habrá que atender tanto a la normativa comunitaria como a nuestra legislación nacional.

En cuanto a la normativa comunitaria en materia de consumo, está constituida principalmente por la Directiva (UE) 2011/83 sobre los derechos de los consumidores¹ (DOUE n° 304, de 22.11.2011) (en adelante Directiva 2011/83) y por la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales² (DOUE n° 136, de 22.05.2019) (en adelante: Directiva 2019/770)³. La primera de ellas, la Directiva 2011/83, derogó las Directivas 97/7/CE y 85/577/CEE sobre contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles y se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n° 76, de 28.3.2014) (en adelante: Ley 3/2014); mientras que la Directiva 2019/770 ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento a través del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (en adelante: Real Decreto-ley 7/2021)⁴, que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 (Disp. Final octava, letra d)).

¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083> (fecha de última consulta: 16.5.2021).

² Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0770> (fecha de última consulta: 16.5.2021).

³ Además, también habrá de tenerse en cuenta la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, más conocida como “Directiva sobre el comercio electrónico”; disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=ET> (fecha de última consulta: 18.5.2021); y que fue transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE n° 166, de 12.7.2002) (en adelante: LSSICE); así como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE; disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=COM:2020:825:FIN> (fecha de última consulta: 04.08.2021).

⁴ De este modo, nuestro legislador ha dado cumplimiento al mandato recogido el artículo 24.1 de la Directiva 2019/770, que establece que “a más tardar el 1 de julio de 2021, los Estados miembros adoptarán y publicarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva (...)”.

Respecto a la relación entre ambas normas, la Directiva 2019/770 actúa a modo de ley especial frente a la Directiva 2011/83, pues mientras esta última establece el marco general de protección de los consumidores, la primera aborda de forma específica los contratos relativos al suministro de contenidos y servicios digitales, teniendo como principal objeto la creación de un marco jurídico unitario en toda Europa para este tipo de contratos. En este sentido, el Considerando 3 dispone que “deben armonizarse determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)”. Por ello, aunque la Directiva “no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general, como pueden ser las normas sobre la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios” (art. 3.10) y pese a que “los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de determinar si se cumplen los requisitos relativos a la celebración, la existencia y la validez de un contrato con arreglo al Derecho nacional” (Considerando 24), se establece que “(...) no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva”(art. 4).

El ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 se limita a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, quedando fuera por tanto los contratos celebrados entre empresarios (art. 3.1); y se extiende tanto a los contratos celebrados presencialmente en un establecimiento mercantil como a aquellos que se celebran a distancia, con independencia de si los contenidos o servicios digitales son suministrados en soporte digital o en línea (art. 3.3), que en los supuestos que se van a abordar en este trabajo será lo más habitual.

Además, en lo que aquí interesa, la Directiva 2019/770 comprende dentro de su ámbito de aplicación tanto los supuestos en los que “el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio” como aquellos en los que “el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin” (art. 3.1). En este sentido, el Considerando 24 de la Directiva señala que “a menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario. Tales modelos de negocio ya se utilizan de diferentes formas en una parte considerable del mercado. Al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales. Por consiguiente, la presente Directiva debe aplicarse a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilita o se compromete a facilitar datos personales (...)”.

Junto a la normativa comunitaria, el marco legal en materia de consumo se complementa con lo previsto en nuestra normativa nacional, y, en concreto, con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007) (en adelante: TRLGDCU), cuyo artículo 59.4 (en la redacción dada por art. 16.2 del Real Decreto-ley 7/2021) dispone que “el ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales (...)”.

Además, como anticipaba, también habrá que tener en cuenta las normas dictadas en materia de protección de datos personales. No en vano, el artículo 3.8 de la Directiva 2019/770 señala expresamente que “en particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE (...)”, haciendo referencia de este modo a las dos principales normas europeas de protección de datos personales con incidencia en la materia que nos ocupa⁵:

En cuanto a la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁶ (DOUE nº 201, de 31.7.2002) (en adelante: Directiva 2002/58), se dictó con el objetivo de alcanzar “la armonización de las disposiciones nacionales necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y a la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”. Posteriormente, sería objeto de modificación a través de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores⁷ (DOUE nº 337, de 18.12.2009) (en adelante: Directiva 2009/136).

⁵ Junto a ellas existen otras, aunque con escasa o nula incidencia en la materia que estamos tratando. En concreto: el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1725> (fecha de última consulta: 22.5.2021); y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0680> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:es:PDF> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

Respecto al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁸ (DOUE n° 119, de 4.5.2016) (en adelante: Reglamento (UE) 2016/679), destaca sobre todo por ser de aplicación directa en todo el territorio de la Unión Europea⁹, desplazando, por tanto, a las normas de los ordenamientos nacionales que resulten contrarias al mismo. De este modo, se ha apostado por dotar a esta norma de una vocación claramente integradora, reduciendo el margen de actuación en los Estados miembros y tratando de poner fin a las divergencias en la protección de los datos personales entre las distintas normativas nacionales, que se debía a la distinta transposición que habían hecho los Estados de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁰ (DOUE n° 281, de 23.11.1995) (en adelante: Directiva 95/46). Al respecto, el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE n° 294, de 6.12.2018) (en adelante: LOPD), a la que enseguida me referiré, señala que “el Reglamento general de protección de datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La transposición de la Directiva por los Estados miembros se ha plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea lo que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos”.

En cualquier caso, ha de advertirse que en muchas materias el Reglamento (UE) 2016/679 se limita a fijar los principios generales en materia de protección de datos personales, permitiendo que el resto de cuestiones sean objeto de desarrollo y concreción por parte de los ordenamientos nacionales¹¹. De hecho, el Reglamento faculta a los Estados miembros para mantener o adoptar disposiciones a fin de especificar en mayor grado las normas del Reglamento (Considerando 10). Además, su artículo 85.2 permite que los Estados miembros incluyan en sus normativas exenciones o excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento, si bien habrán de notificar a la Comisión Europea las disposiciones normativas en las que se adopten dichas exenciones y excepciones, así como cualquier modificación de las mismas.

Para cerrar el apartado relativo al marco jurídico ha de hacerse referencia a nuestra normativa nacional de protección de datos personales, que está recogida actualmente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), que sustituyó a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

⁹ Téngase en cuenta que, de acuerdo al artículo 288.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “el Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

¹⁰ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Los derechos de la personalidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil (I)*, Vol. 2º: *Derecho de la persona*, Edisofer, Madrid, 2018, p. 303.

Carácter Personal (BOE nº 298, de 14.12.1999)¹² y que tiene como principal objeto la adaptación de nuestro marco normativo interno al Reglamento (UE) 2016/679, tal y como reconoce en su artículo 1 a). Además, junto a la LOPD habrá que tener en cuenta el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE nº 17, de 19.1.2008) (en adelante: Real Decreto 1720/2007), pues este solo ha quedado derogado en aquellos puntos en los que se oponga o resulte incompatible con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la LOPD (párrafo 3º de la Disposición derogatoria única de la LOPD).

3. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

En mi estudio estoy abordando un tipo de contrato específico: el relativo al suministro de contenidos o servicios digitales. Por ello, antes de proseguir, creo que resulta de interés hacer una breve referencia al objeto sobre el que recae: los contenidos y servicios digitales.

La Directiva 2011/83 nos proporciona un concepto de contenidos digitales en su Considerando 19, en el que dispone que “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”. Más escueto resulta el TRLGDCU, que en su artículo 59 bis.1 d) define los contenidos digitales como “los datos producidos y suministrados en formato digital”, mismo concepto que el previsto en el artículo 2.1 de la Directiva 2019/770. Sin embargo, la Directiva 2019/770 aborda esta cuestión también en su Considerando 19, en el que pone varios ejemplos de contenidos digitales: “programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas (...)”. Además, al igual que hace la Directiva 2011/83, menciona tanto los contenidos digitales suministrados a través de un soporte material como aquellos a los que se accede a través de internet, disponiendo que “existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales”. Como vamos a ver más adelante, esta distinción entre contenidos digitales suministrados por medio de un soporte material o a través de internet tiene sus mayores efectos en materia de desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales¹³.

En cuanto a lo que ha de entenderse por soporte material, parece que no coincide exactamente con el concepto de soporte duradero recogido en el artículo a59 bis.1 q) TRLGDCU (en la redacción dada por art. 16.3 del Real Decreto-ley 7/2021), que se refiere a él como “todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene

¹² Que había transpuesto a nuestro ordenamiento nacional la Directiva comunitaria 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; y que sustituyó a la primera norma dictada en España en materia de protección de datos personales: la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (BOE nº 262, de 31.10.1992) (LORTAD).

¹³ Véase epígrafe 6.4.

la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS”. Y es que, a diferencia de este último, el concepto de soporte material es más restrictivo, pues incluye aquellos soportes que contienen únicamente los contenidos digitales de que se trate y que son suministrados por el empresario. Ello comprende algunos de los soportes mencionados en el artículo 59 bis.1 q) TRLGDCU, como CD-ROM, DVD o memorias USB, pero no otros, como por ejemplo el disco duro del ordenador, la tableta o el teléfono del consumidor (ni, por tanto, los contenidos descargados en ellos o suministrados mediante SMS o emails)¹⁴.

Respecto a los contenidos suministrados sin soporte material, cabe entender que se incluirán tanto los que únicamente pueden disfrutarse online como los que admiten descarga¹⁵.

Como vengo señalando, junto a los contenidos digitales, este tipo de contratos también puede tener como objeto servicios digitales, que el artículo 2.2 de la Directiva 2019/770 define como “un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital” (letra a)) o que bien “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” (letra b)) (véase también: artículo 59 bis.1 o) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.3 del Real Decreto-ley 7/2021). Y, una vez más, el Considerando 19 de la Directiva 2019/770 menciona algunos ejemplos de servicios digitales, incluyendo aquellos “(...) que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales”.

4. La cesión de datos personales para su tratamiento por un tercero

4.1. Derecho a la protección de datos de carácter personal

El artículo 18 de la Constitución Española (en adelante: CE) señala que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Y, con fundamento en dicho precepto, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la existencia de un derecho a la protección de los datos de carácter personal, al que también se suele conocer como derecho a la autodeterminación informativa¹⁶ o derecho a la privacidad¹⁷, muy vinculado a los derechos recogidos en el artículo 18.1 CE (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), ya que sirve a la protección de estos; pero dotado de un carácter autónomo: STC, 1ª, 8.3.1999 (Ar. 30; MP: María Emilia Casas

¹⁴ CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, Núm. 11, 2014, pp. 101-102; y MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, p. 9.

¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *CESCO*, Núm. 11, 2014, 154.

¹⁶ CONDE ORTÍZ, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, 2005, p. 27 ss.; y GUERRERO PICO, *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, 2006, pp. 27 ss.

¹⁷ SALGADO SEGUÍN, «Intimidad, privacidad y honor en internet», *TELOS*, Núm. 85, 2010, p. 72.

Baamonde), STC, 1ª, 22.3.1999 (Ar. 44; MP: Rafael de Mendizábal Allende) y STC, Pleno, 30.11.2000 (Ar. 292; MP: Julio Diego González Campos)¹⁸.

La STC, Pleno, 30.11.2000 (Ar. 292) define el derecho a la protección de datos personales como “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. Además, la mencionada Sentencia señala que la calificación de carácter personal de los datos no quiere decir que únicamente cuenten con protección los datos relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que se protegen todos aquellos datos que contribuyan a su identificación, pudiendo servir para la confección del perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. Es decir, no solo se protegen los datos íntimos, sino también el resto de datos relativos a la persona¹⁹.

En términos semejantes, el Reglamento (UE) 2016/679 define los datos personales como toda la información relativa a una persona física identificada o identificable (art. 4.1, al que se remite expresamente el art. 2.8 de la Directiva 2019/770). Al respecto, considera persona física identificable a aquella cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona²⁰. Ello excluye la posibilidad de aplicar los principios previstos en la normativa de protección de datos personales ante información anónima o anonimizada, de forma que el interesado no sea identificable o deje de serlo. De hecho, así lo prevé expresamente el Considerando 26 del Reglamento (UE) 2016/679: “los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo”.

Para cerrar este apartado, cabe apuntar que, en el caso de aquellas personas que lleven a cabo una actividad de carácter mercantil o profesional, debe distinguirse entre los datos que se refieren a su vida privada y aquellos relativos a su empresa o profesión, pues solo los primeros contarán con la tutela prevista en la normativa de protección de datos personales: SAN, Cont. Admin., Sec. 1ª, 12.5.2011 (Ar. 2; ECLI:ES:AN:2011:2363; MP: Diego Córdoba Castroverde), SAN, Cont. Admin., Sec. 1ª, 28.4.2015 (Ar. 724; ECLI:ES:AN:2015:1843; MP: Juan Pedro Quintana Carretero) y SAN, Cont. Admin., Sec. 1ª, 6.6.2017 (Ar. 206541; ECLI:ES:AN:2017:3111; MP: María Luz Lourdes Sanz Calvo).

¹⁸ Véase también en este sentido: LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, volumen segundo: personas*, 2010, p. 112; y DE VERDA Y BEAMONTE, «Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 1, 2014, p. 252.

¹⁹ PLAZA PENADÉS, «Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal», en DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 123.

²⁰ Una definición similar a la que recogían la Directiva 95/46 (art. 2 a)) y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (art. 3 a)).

4.2. El consentimiento del titular como presupuesto de la licitud del tratamiento de datos personales

El artículo 4.2 del Reglamento (UE) 2016/679 considera tratamiento de datos personales cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción²¹. En cuanto al responsable del tratamiento, será la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determina los fines y medios del tratamiento (art. 4.7 del Reglamento (UE) 2016/679).

Para que el tratamiento de los datos personales de un individuo por parte de un tercero pueda resultar lícito, es necesario que concurra alguna de las circunstancias previstas en la normativa. Y es que, como reconoce el Considerando 24 de la Directiva 2019/770, “el Derecho de la Unión relativo a la protección de los datos personales establece una lista exhaustiva de motivos legales para el tratamiento lícito de los datos personales”. Y, lógicamente, para determinar cuáles son dichas circunstancias o motivos que amparan el tratamiento de los datos personales por parte de un tercero habrá que recurrir al Reglamento (UE) 2016/679, pues como señala el Considerando 38 de la Directiva 2019/770 “la presente Directiva no debe regular las condiciones para el tratamiento lícito de datos personales, por cuanto esta cuestión está regulada, en particular, por el Reglamento (UE) 2016/679. Por consiguiente, todo tratamiento de datos personales en relación con un contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales. Cuando el tratamiento de datos personales esté basado en el consentimiento, en particular con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679, son de aplicación las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para valorar si el consentimiento se presta libremente. La presente Directiva no debe regular la validez del consentimiento prestado (...)”.

Precisamente, en este apartado me voy a centrar en el consentimiento del titular de los datos personales como presupuesto habilitante para su tratamiento, ya que, por hipótesis, en los contratos que nos ocupan, la licitud del tratamiento se basará en el consentimiento emitido por el consumidor. Al respecto, el artículo 6.1 a) prevé que el tratamiento será lícito cuando “el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”. Y el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 define el consentimiento para el tratamiento de los datos personales como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen” (véase en el mismo sentido: art. 6.1 LOPD).

Por tanto, la manifestación de voluntad a través de la cual se expresa el consentimiento ha de emitirse libremente. Al respecto, el artículo 7.4 del Reglamento (UE) 2016/679, dispone que “al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida

²¹ Una definición similar a la que ya recogía el artículo 2 b) de la Directiva 95/46 y que fue asumida también por el artículo 3 c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”; un aspecto que en los contratos que nos ocupan puede plantear dudas, como posteriormente veremos con mayor detalle²².

Además, la manifestación de voluntad ha de ser específica, informada e inequívoca, lo que excluye el consentimiento presunto²³. Y creo que también ha de descartarse el consentimiento tácito, pues el Considerando 32 del Reglamento (UE) 2016/679 señala que “el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (...) o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (...)”. Para ello, “(...) debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales (...)” (Considerando 42 Reglamento (UE) 2016/679). Unas previsiones que se complementan por lo dispuesto en el artículo 7.2, que señala que “si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento”.

Por lo demás, el Reglamento (UE) 2016/679 se refiere de forma específica al consentimiento emitido por los niños, dado que “merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño” (Considerando 38 Reglamento (UE) 2016/679). Al respecto, dispone en su artículo 8.1 que “cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”.

²² Véase epígrafe 6.5. a.

²³ MARTÍNEZ ROJAS, «Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Núm. 42, 2016, p. 62; y MARTÍNEZ CALVO, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet*, 2021. P. 199.

De hecho, nuestro legislador ha decidido hacer uso de dicha facultad y a través del artículo 7.1 de la LOPD reduce el límite de edad a los catorce años: “el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”. Cuando se trate de menores de catorce años, el tratamiento de los datos “fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela” (art. 7.2 LOPD). Y lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos en los que, pese a tratarse de menores de más de catorce años, “la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento” (art. 7.1 LOPD).

Por último, en cuanto a los datos personales especialmente protegidos, dispone el artículo 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 que “queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física”. Y aunque el párrafo segundo del mencionado precepto exceptúa dicha regla cuando “el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados”, a continuación, introduce una especie de excepción a la excepción, disponiendo que “excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”. Por ende, el Reglamento (UE) 2016/679 faculta a los Estados miembros para suprimir la posibilidad de que puedan tratarse datos personales especialmente protegidos aun con el consentimiento del afectado. Una vez más, nuestro legislador ha hecho uso de dicha facultad y el artículo 9 LOPD prevé en su segundo párrafo que “a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”.

5. La cesión de datos personales como posible contraprestación contractual en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

5.1. Los datos personales como instrumento de cambio en el mercado

La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma en reconocer la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda explotarlos y utilizarlos como instrumento de cambio en el mercado, configurando de este modo la cesión de los datos personales como una verdadera contraprestación contractual²⁴. Al respecto, ya hemos visto que su artículo 3.1 señala que la contraprestación que ha de realizar el consumidor a cambio de recibir los contenidos o servicios digitales puede consistir bien en el pago de un precio o bien en la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario: “la presente Directiva también se aplicará cuando el empresario

²⁴ DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, p. 46; y MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, p. 11.

suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario (...)."

Cabría plantearse si la comercialización de los datos personales no podría entrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 1271 del Código Civil (en adelante: CC), cuando señala que "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres". Y es que, dado que el artículo 18 CE configura la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental, quizá cabría considerar que estos no pueden ser utilizados como moneda de cambio en el mercado²⁵.

No obstante, creo que no hay por qué excluir que el consumidor pueda explotar sus datos personales y utilizarlos como contraprestación en el tráfico jurídico. De hecho, la posibilidad de disponer de un derecho propio de la personalidad a cambio de otra contraprestación (normalmente económica) no es ni mucho menos desconocida en nuestro Derecho. Basta pensar en los derechos a la intimidad o a la propia imagen, que, como sabemos, resultan disponibles en su dimensión patrimonial. Y es que, como se ha señalado desde la doctrina, aquí nos encontraríamos ante un supuesto equivalente, en el que no se dispone por completo del derecho a la protección de datos de carácter personal (pues tratándose de un derecho de la personalidad, resulta indisponible) sino parcialmente, en su dimensión patrimonial²⁶. Por ello, el contenido concreto de la contraprestación consistiría no en dar (ya que los datos personales constituyen un derecho personalísimo cuya propiedad no puede ser trasferida) sino en hacer²⁷. En particular, la obligación que asume el consumidor es la de ceder los datos al empresario para su tratamiento por parte de este.

A lo anterior hay que añadir que, como pone de manifiesto DOMÍNGUEZ YAMASAKI²⁸, no existe ninguna norma que excluya los datos personales del comercio, por lo que no cabría aplicar la prohibición del artículo 1271 CC. De hecho, aun cuando el Considerando 24 de la Directiva 2019/770 señala expresamente que "los datos personales no pueden considerarse una mercancía"²⁹, en su parte dispositiva no encontramos ninguna previsión que excluya los datos personales del comercio, más bien al contrario, pues ya hemos visto que llega a admitir su condición de instrumento de pago, lo que desde luego les sitúa dentro del comercio³⁰.

Ahora bien, como veremos más adelante, la admisibilidad de que la cesión de datos personales pueda constituir una contraprestación en el mercado digital no está exenta de problemas³¹. Por

²⁵ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, Núm. 1, 2020, p. 6.

²⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 10.

²⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 11.

²⁸ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de derecho privado*, Núm. 4, 2020, pp. 101-102.

²⁹ Una idea que sería puesta de manifiesto también por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 23 de junio de 2017. Puede consultarse un resumen del mismo en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 18.5.2021).

³⁰ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, pp. 101-102.

³¹ Véase epígrafe 6.

ejemplo, resulta difícil determinar la calificación concreta que han de recibir este tipo de contratos, el contenido del deber de información contractual que atañe al empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor o los remedios de los que dispondría el consumidor ante el incumplimiento por parte del empresario. A ello hay que añadir que, como ya hemos visto, el Reglamento (UE) 2016/679 de Protección de Datos prevé que el consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales ha de ser libre y, además, puede ser objeto de revocación, por lo que no cabría su exigencia coactiva, lo que no casa bien con su naturaleza de contraprestación contractual.

Antes de cerrar este apartado me gustaría simplemente apuntar que, junto a los datos personales, también cabe la posibilidad de que constituyan una contraprestación contractual aquellos datos que no tengan carácter personal. No obstante, si llega a darse, se tratará de supuestos muy excepcionales, pues lo normal es que todos los datos del consumidor recabados por el empresario tengan carácter personal. Y es que, como ha puesto de manifiesto el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 25 de junio de 2017³², dada la amplitud de la definición de datos personales recogida en el Reglamento (UE) 2016/679³³, es más que probable que todos los datos suministrados por el consumidor al empresario tengan tal consideración. En cualquier caso, la contraprestación consistente en la cesión de datos que no tengan el carácter de personales queda al margen de este estudio.

5.2. Valor económico de los datos personales

Uno de los problemas que plantea la configuración de los datos personales como una contraprestación contractual es que resulta muy difícil calcular el valor concreto que tienen los datos en términos económicos, pues se trata de un mercado opaco³⁴. Y ello a su vez impide que la información precontractual que recibe el consumidor sea exacta y completa, pues como veremos, difícilmente va a poder tener conocimiento acerca del valor concreto de la contraprestación que realiza³⁵.

En cualquier caso, a nadie escapa que los datos personales tienen un valor económico, y, de hecho, proporcionan a muchas empresas una alta rentabilidad³⁶, hasta el punto de que hay quien los ha llegado a considerar como el nuevo petróleo³⁷. Quizá pueda parecer una afirmación algo exagerada, pero lo cierto es que el valor económico que pueden alcanzar los datos personales en el mercado no es desdeñable. Y es que, aunque de forma aislada los datos personales de un sujeto

³² Puede consultarse un resumen del Dictamen en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 18.5.2021).

³³ Véase epígrafe 4.1.

³⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 23.

³⁵ Véase epígrafe 6.3.

³⁶ ARENAS RAMIRO, «Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades», en RALLO LOMBARTE/GARCÍA MAHAMUT (coords.), *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313; y SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Núm. 45, 2018, p. 5.

³⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 20.

no parecen tener un excesivo valor económico, en su conjunto pueden alcanzar un alto valor, constituyendo la materia prima del llamado *Big Data*, que genera cada día mayores beneficios³⁸.

Al respecto, son muchos los datos de una persona que pueden tener un valor económico para los empresarios: el nombre, edad, género, DNI, estado de casado o soltero, profesión, nivel de estudios, apariencia física, lugar de residencia, propiedades que posee, número de teléfono, dirección de correo electrónico, cuentas en redes sociales, número de las tarjetas de crédito y débito, etc.

Y a ellos hay que añadir otros datos que pueden extraerse a través del análisis del comportamiento del consumidor en su actividad en el mercado (ej. a través del historial de compras realizadas en internet), como preferencias de compra, patrones de consumo, etc.; y que permiten a los empresarios mejorar los productos o servicios ofrecidos para adaptarlos a las necesidades concretas de los potenciales consumidores o dirigirles publicidad personalizada, e incluso encontrar nuevos nichos de mercado, de modo que el tratamiento de los datos personales termine redundando en la obtención de un mayor número de clientes.

Además, la utilidad que pueden tener los datos personales de los consumidores no se agota con su utilización por parte del propio empresario que los recaba, sino que también puede transmitirlos a título oneroso a terceros empresarios, multiplicando así la rentabilidad que obtiene de los mismos. De hecho, la propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales³⁹ menciona expresamente esta posibilidad en el punto quinto de su Exposición de Motivos: “(...) las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos, o que pueden transmitirse a terceros a título oneroso (...)”. Ahora bien, entiendo que la transmisión de los datos personales a terceros requerirá siempre el consentimiento de su titular, pues en otro caso resultaría vulnerado el deber de confidencialidad al que está sujeto el responsable del tratamiento de los datos personales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679.

5.3. Supuestos excluidos: la cesión de datos personales como requisito técnico o legal para el suministro de contenidos y servicios digitales

La Directiva 2019/770 prevé algunos supuestos en los que la cesión de datos personales por parte del consumidor no tendrá la consideración de contraprestación contractual, en concreto: “(...) cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin” (art. 3.1) (véase también: art. 59.4 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.2 del Real Decreto-ley 7/2021). Una idea que se recoge también en su Considerando 25, que señala que “cuando el contenido digital y los servicios digi-

³⁸ DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, p. 36; y DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, pp. 101-102.

³⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148> (fecha de última consulta: 11.6.2021).

tales no se suministren a cambio de un precio, la presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el empresario recabe datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales, o con el único fin de cumplir requisitos legales. Esas situaciones pueden incluir, por ejemplo, aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación (...).

Por tanto, son dos las exclusiones previstas: en primer lugar, no tendrá naturaleza de contraprestación contractual la cesión de aquellos datos que resulten necesarios para el suministro digital por parte del empresario (ej. para fines de localización geográfica) y, por tanto, para el adecuado cumplimiento del contrato; y, en segundo lugar, tampoco constituirá una contraprestación contractual la cesión de datos personales por parte del consumidor cuando tenga por objeto el correcto cumplimiento de las prescripciones legales previstas por motivos de seguridad e identificación.

A mi modo de ver, las mencionadas exclusiones responden a un doble fundamento: por un lado, en estos supuestos los contenidos o servicios digitales no se suministran a cambio de recibir datos personales del consumidor, sino que la cesión de datos constituye un requisito (ya sea técnico o legal) para que puedan suministrarse los contenidos o servicios digitales; y por otro lado, en estos casos el tratamiento de los datos personales por parte del empresario encontraría amparo, no en el consentimiento del titular de los datos, sino en la necesidad técnica o legal de tratar dichos datos personales para que los contenidos o servicios digitales puedan suministrarse. Y es que, en estos supuestos, el principio de licitud del tratamiento que se enuncia en el artículo 5.1 b) del Reglamento (UE) 2016/679 no encontraría su base jurídica en la letra a) del artículo 6.1 (que como hemos visto en su momento, hace referencia al consentimiento del titular como presupuesto de la licitud del tratamiento de los datos personales⁴⁰), sino en las letras b) y c) del mencionado precepto. Así, la letra b) prevé que el tratamiento de los datos personales será lícito cuando resulte “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”, mientras que la letra c) condiciona la licitud del tratamiento de los datos personales a que ello sea “necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”.

La consecuencia será que en estos supuestos no va a resultar de aplicación la Directiva 2019/770, y, por tanto, los consumidores no van a contar con los mecanismos de protección en ella previstos. Al respecto, creo que resulta razonable que, cuando los contenidos o servicios digitales se suministran al consumidor sin ninguna contraprestación por parte de este, el nivel de protección que le otorga la normativa sea menor que en los supuestos en los que el consumidor ha de llevar a cabo una contraprestación, ya consista en el pago de un precio o en la cesión de datos personales.

Cabe señalar que, como es lógico, para que operen las exclusiones que hemos visto en este apartado es preciso que el empresario no utilice los datos personales del consumidor para fines distintos a los mencionados, y, especialmente, que no haga un uso comercial de los mismos. Y es que, si ello ocurre, sí que se podría hablar de contraprestación por parte del consumidor y, por tanto, entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770. SÁNCHEZ LERÍA⁴¹ pone el ejemplo

⁴⁰ Véase epígrafe 4.2.

⁴¹ SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 13.

de una aplicación destinada a la comunicación como podría ser *Whatsapp*, en la que el consumidor habrá de proporcionar al empresario su número de teléfono como requisito imprescindible para que este pueda prestarle el servicio, por lo que sería un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770. Ahora bien, si el empresario usara el número de teléfono para fines distintos al adecuado cumplimiento del contrato (ej. para enviar publicidad al usuario o para hacer un uso comercial del mismo, mediante su transmisión a otros empresarios), entonces parece que sí resultaría de aplicación la Directiva 2019/770.

6. Algunas cuestiones controvertidas en torno a la configuración de la cesión de datos personales como contraprestación contractual en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

6.1. Calificación contractual

El carácter novedoso de este tipo de contratos y la ausencia de una regulación pormenorizada de los mismos dificulta su clasificación en alguna de las categorías contractuales típicas. De hecho, la propia Directiva 2019/770 prefiere no tomar posición a este respecto y dejar su calificación concreta en manos de los ordenamientos nacionales, tal y como reconoce en su Considerando 12: “(...) la presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y 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 (...)”.

Pero lo primero que cabría plantearse es si estamos ante un contrato gratuito o bien ante un contrato oneroso y sinalagmático. Obviamente, esta duda no se plantea cuando la cesión de datos personales al empresario por parte del consumidor no pueda ser calificada como contraprestación (por resultar necesaria para que el empresario pueda suministrar los contenidos o servicios digitales o para el correcto cumplimiento de las prescripciones legales)⁴², pues en tal caso resulta claro que el contrato será gratuito (salvo que concurra alguna contraprestación distinta de la cesión de datos personales). No obstante, estos supuestos, que ya hemos visto que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, van a quedar también al margen de mi estudio, que se limita a los contratos en los que el consumidor cede sus datos personales a modo de contraprestación, respecto de los que sí puede surgir la duda acerca de su carácter oneroso o gratuito.

En favor de su consideración como un negocio jurídico gratuito quizá podría argumentarse que en realidad no estamos ante un único contrato sino ante dos contratos de donación. Así, habría una donación por parte del empresario que suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y otra por parte del consumidor que proporciona sus datos personales al empresario. No obstante, considero más que discutible que en estos supuestos concurra el *animus donandi* o ánimo liberal (art. 1274 CC): en el caso del consumidor, no parece que ceda los datos de forma voluntaria y como mera liberalidad, sino que lo hace a cambio de recibir o poder acceder a determinados contenidos o servicios digitales; y lo mismo ocurre en el caso del empresario que suministra los contenidos o servicios digitales, pues a cambio espera recibir la autorización del consumidor para tratar sus datos de carácter personal. Y es que, lo relevante para que un contrato

⁴² Véase epígrafe 5.3.

pueda ser calificado como donación es que se lleve a cabo sin intención de recibir a cambio ninguna contraprestación⁴³, lo que no parece que suceda en este caso.

Una vez descartado que nos encontremos ante dos donaciones puras, cabría pensar en la posibilidad de calificar el contrato como una donación modal u onerosa por parte del prestador de servicios, algo que ha llegado a plantearse DOMÍNGUEZ YAMASAKI⁴⁴. Así, el empresario estaría donando al consumidor contenidos o servicios digitales con la carga para este de consentir el tratamiento de sus datos personales por parte del primero. No obstante, como termina reconociendo la mencionada autora, ello requeriría que la carga que ha de cumplir el consumidor (la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario) tuviera un valor inferior al del bien o servicio donado (el acceso a los contenidos o servicios digitales), tal y como exige el artículo 619 CC, lo que parece difícil de determinar en este tipo de contratos, pues como hemos visto, el valor económico exacto que tienen los datos personales de una persona resulta incierto⁴⁵.

A lo anterior hay que añadir que, cuando se trata de contratos gratuitos, los ordenamientos jurídicos no suelen conceder remedios al donatario para los supuestos de falta de conformidad; y en el caso de la Directiva 2019/770 sí pone a disposición del consumidor remedios derivados de la falta de conformidad de los contenidos digitales⁴⁶.

Por todo ello, entiendo que en estos casos no cabe hablar de un contrato de donación, ya sea pura u onerosa o modal. Y es que, pese a su apariencia de gratuidad, considero que la exigencia de que el consumidor consienta el tratamiento de sus datos hace que el contrato resulte oneroso y sinagmático⁴⁷, sobre todo si tenemos en cuenta que, como hemos visto en su momento, los datos personales tienen un valor económico y la propia Directiva 2019/770 los configuran como una contraprestación contractual⁴⁸.

El hecho de que el contrato sea calificado como oneroso tiene cierta relevancia práctica, pues conlleva la vinculación del consumidor y su obligación de cumplir con la prestación a su cargo, algo que, como veremos, puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protec-

⁴³ PARRA LUCÁN, «La donación», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil (II)*, Vol. 2º: *Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer, Madrid, 2020, p. 82.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, p. 104.

⁴⁵ Véase epígrafe 5.2.

⁴⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, pp. 4-5.

⁴⁷ YANGUAS GÓMEZ, «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», en CÁMARA LA PUENTE/ARROYO I AMAYUELAS (coords.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Madrid, 2012, p. 489; SCHULZE, «La protección de los consumidores en la contratación digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Núm. 58, 2018, p. 684; DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, p. 47; GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *AC*, Núm. 1, 2020, p. 7; y MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, p. 11.

⁴⁸ Véase epígrafe 5.

ción de datos de carácter personal. Téngase en cuenta que esta prevé, por un lado, que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de prestarse libremente, lo que excluiría su exigencia coactiva por parte del empresario en caso de incumplimiento⁴⁹; y, por otro lado, que el consentimiento ha de poder revocarse libremente, lo que supondría en sí mismo un incumplimiento contractual por parte del consumidor⁵⁰.

Una vez determinado el carácter oneroso del contrato, lo siguiente que cabría plantearse es si encaja en alguna de las categorías contractuales típicas o si, por el contrario, nos encontramos ante un contrato atípico. Al respecto, hay que descartar sin más preámbulo que estemos ante un contrato de compraventa o de prestación de servicios, puesto que el Considerando 19 de la Directiva 2011/83 excluye expresamente que este tipo de contratos pueda ser incluido en alguna de las mencionadas categorías contractuales: “(...) los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios (...)”. Además, en el caso de la compraventa, creo que ha de quedar descartada también por el hecho de que ninguna de las prestaciones consista en el pago de un precio en dinero o signo que lo represente, que como es bien sabido, es uno de los presupuestos del mencionado contrato en la configuración que le da el artículo 1445 CC.

Descartada su calificación como un contrato de compraventa o de prestación de servicios, quizá podría plantearse que nos encontremos ante una permuta, lo que en la práctica provocaría una remisión prácticamente en bloque al régimen de la compraventa (art. 1541 CC). No obstante, creo que esta opción también ha de ser descartada, pues el artículo 1538 CC señala expresamente que lo que caracteriza al contrato de permuta es que “cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”; y ya hemos visto⁵¹ que la cesión de los datos personales que lleva a cabo el consumidor para su tratamiento por parte del empresario no constituye una obligación de dar sino de hacer⁵². Además, otra de las características del contrato de permuta es que ambas partes se obligan a transmitir a la otra parte la propiedad del bien permutado: STS, 1ª, 11.5.1999 (Ar. 3104; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); y en este caso no concurre dicho presupuesto, pues como sabemos, los datos personales son inherentes a la persona y, por tanto, no se puede transferir su propiedad.

Por todo ello, creo que estamos ante un tipo de contrato atípico, ya que está dotado de unas características propias que impiden su incardinación dentro de alguna de las categorías contractuales clásicas.

Por otro lado, a las dificultades que surgen a la hora de calificar este tipo de contratos hay que añadir que habrá supuestos en los que, junto a la cesión de sus datos personales, el consumidor que recibe los contenidos o servicios digitales haya de llevar a cabo, además, otras prestaciones

⁴⁹ Véase epígrafes 6.5. a. y 6.6. a.

⁵⁰ Véase epígrafes 6.5. b. y 6.6. a.

⁵¹ Véase epígrafe 5.1.

⁵² Al respecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2004 rechaza que el contrato en que la obligación de una de las partes es de hacer puede calificarse como permuta. Disponible en: <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-2-febrero-2004-direccion-general-registros-notariado-recurso-gubernativo-interpuesto-notario-mieres-don-armando-mazaira-pereira-erosmer-iberica-s-contrato-negativa-registradora-propiedad-mieres-dona-ana-maria-fernandez-alvarez-inscribir-escritura-elevacion-publico-convenio-urbanistico-n979588> (fecha de última consulta: 14.6.2021).

distintas: ej. cuando la contraprestación a cargo del consumidor consista tanto en el pago de un precio como en la cesión de sus datos personales. La única referencia a esta posibilidad que incluye la Directiva 2019/770 se encuentra recogida en su Considerando 69, que se limita a señalar que el hecho de que el consumidor pague un precio y a su vez facilite al empresario sus datos personales no exime a este último del cumplimiento de las prescripciones previstas en materia de protección de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679, lo cual parece bastante obvio, pues cualquier tratamiento de datos personales que se lleve a cabo habrá de cumplir con lo dispuesto en la normativa de protección de datos.

En cualquier caso, creo que no es necesario ahondar más en esta cuestión, pues, aunque la concreta calificación que se hace de un determinado contrato pueda tener importantes efectos a la hora de determinar las obligaciones de las partes o los remedios ante el incumplimiento de las mismas, en el caso de la Directiva 2019/770 lleva a cabo un tratamiento unificado de las referidas cuestiones⁵³, y, por ende, no dependerán tanto de la concreta calificación que se dé al contrato en cuestión.

6.2. Momento y forma de cesión de los datos personales del consumidor

En cuanto al momento preciso en el que el empresario va a acceder a los datos del consumidor, entiendo que dependerá de lo que hayan pactado las partes (en realidad, de las condiciones pre-dispuestas por el empresario a las que el consumidor se haya adherido). Al respecto, la Directiva 2019/770 se limita a señalar en su Considerando 24 que “(...) los datos personales podrían facilitarse al empresario en el momento en que se celebre el contrato o en un momento posterior, por ejemplo cuando el consumidor dé su consentimiento para que el empresario utilice los datos personales que el consumidor pueda cargar o crear con el uso de los contenidos o servicios digitales (...)”.

Respecto al modo en el que el empresario puede acceder a los datos del consumidor, en muchas ocasiones será el propio consumidor quien proporcione al empresario sus datos personales, pues la utilización de determinadas aplicaciones o el acceso a ciertos contenidos o servicios digitales requiere el previo registro del usuario, que de este modo suministra al empresario sus datos personales. Al respecto, el Considerando 24 de la Directiva 2019/770 dispone que “(...) así, por ejemplo, la presente Directiva debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales (...)”.

Pero cabe preguntarse si la Directiva 2019/770 resulta de aplicación también a aquellos supuestos en los que el empresario obtiene por sí mismo los datos personales del consumidor (obviamente, con el consentimiento de este). Lo cierto es que en la propuesta de Directiva formulada el 9 de diciembre de 2015 se descartaba dicha posibilidad, pues se exigía en todo caso una conducta activa por parte del consumidor, que habría de proporcionar al empresario los datos personales

⁵³ SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 9.

requeridos⁵⁴. De este modo, se excluían de su ámbito de aplicación los supuestos en los que es el empresario quien recaba por sí mismo la información del consumidor.

No obstante, el legislador dio marcha atrás y en la versión definitiva de la Directiva ya no se hace ninguna mención a la necesidad de que exista un comportamiento activo por parte del consumidor, por lo que entiendo que no hay impedimento para que los datos personales del consumidor que actúan a modo de contraprestación sean recabados directamente por el empresario.

Para ello, el empresario podrá recurrir a las denominadas *cookies*, que son ficheros que se descargan en el dispositivo desde el que el consumidor accede a internet y que permiten obtener gran cantidad de información, como el tipo de ordenador que está utilizando, el navegador desde el que accede a internet, los sitios web que visita e incluso los datos que introduce en los mismos (nombre de usuario, dirección de correo electrónico, número de la tarjeta de crédito, etc.)⁵⁵. De este modo, el consumidor no ha de proporcionar por sí mismo sus datos personales y su actuación se limita a aceptar la instalación de los referidos ficheros en su dispositivo⁵⁶. Al respecto, la propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales⁵⁷ señala en el punto quinto de su Exposición de Motivos que “(...) las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos (...)”. Y es de sobra conocido que las empresas que recolectan datos a través de las *cookies* lo hacen frecuentemente para procesarlos con fines comerciales⁵⁸.

6.3. Deberes de información precontractual

Otro aspecto problemático que plantean los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales tiene que ver con los deberes de información precontractual que atañen al empresario, y, en concreto, con la información que este ha de proporcionar al consumidor acerca del precio de los contenidos o servicios digitales suministrados.

Al respecto, el artículo 60.1 TRLGDCU dispone que “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”; y el artículo 60.2 c) TRLGDCU, referido específicamente al precio,

⁵⁴ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 12; y SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 11.

⁵⁵ MENÉNDEZ, «¿Qué son las 'cookies'?», *Escritura pública*, Núm. 82, 2013, p. 16; y NAVAS NAVARRO/CAMACHO CLAVIJO, *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, 2016, pp. 47 ss.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, p. 96.

⁵⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148> (fecha de última consulta: 11.5.2021).

⁵⁸ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 12.

dispone que “serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales”. En el mismo sentido, el artículo 97.1 e) TRLGDCU, que se refiere en particular a los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, prevé que el empresario ha de comunicar al consumidor “el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio (...)”.

Sin embargo, en los contratos que nos ocupan, el precio que el consumidor paga a cambio del suministro de los contenidos y servicios digitales resulta desconocido para él, pues ignora el valor económico que tienen sus datos personales. Téngase en cuenta que, como hemos visto, dicho valor económico resulta muy difícil de calcular⁵⁹. De hecho, normalmente ni siquiera el empresario va a conocer el valor exacto de los datos personales del consumidor. La consecuencia es que, en la práctica, la información precontractual que recibirá el consumidor resultará incompleta, pues no le permitirá conocer el valor de la contraprestación que realiza.

Pero las dificultades que puedan existir para calcular el valor económico de los datos personales del consumidor no eximen al empresario de informarle adecuadamente acerca de la contraprestación que ha de realizar a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales⁶⁰. De hecho, así se desprende del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83⁶¹, que llega a proponer en su punto sexto “la ampliación de su ámbito de aplicación para incluir los contratos de servicios digitales «gratuitos» y, por tanto, aplicar los requisitos de información precontractual (...) a todos los servicios digitales”, con el fin de “(...) aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio”.

Es más, considero que la obligación de información precontractual a cargo del empresario habría de estar reforzada en estos supuestos, pues el consumidor no solo ha de realizar una contraprestación cuyo valor económico real se desconoce, sino que además implica una intromisión en su esfera privada. En particular, creo que es especialmente importante que el consumidor pueda resultar consciente de que, pese a la apariencia, no está celebrando un contrato gratuito en el que pueda tener acceso a los contenidos o servicios digitales de que se trate sin realizar ninguna contraprestación a cambio, sino ante un contrato oneroso en el que sus datos personales actúan a modo de contraprestación. Además, ha de recibir información completa sobre el uso que se va a hacer de sus datos personales, para que así pueda conocer hasta qué punto está comprometiendo su privacidad mediante la cesión de sus datos, y si ello le compensa para la adquisición de los contenidos o servicios digitales. Y es que, aunque en muchas ocasiones el consumidor es

⁵⁹ Véase epígrafe 5.2.

⁶⁰ CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 23.

⁶¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0259> (fecha de última consulta: 11.5.2021).

consciente de que está cediendo sus datos personales como contraprestación para la adquisición de contenidos o servicios digitales, no siempre está bien enterado del alcance de dicha cesión o de la utilización concreta que el empresario va a hacer de sus datos personales.

De hecho, el deber del empresario de informar al consumidor acerca del destino y utilización de sus datos personales deriva directamente de la normativa de protección de datos de carácter personal. En concreto, de los principios de lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales a los que hace referencia el artículo 5.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679, y que “exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales (...)” (Considerando 60 del Reglamento (UE) 2016/679).

Al respecto, el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 recoge una serie de información que el responsable del tratamiento (en nuestro caso, el empresario) habrá de facilitar en todo caso al titular de los datos personales (el consumidor), como la identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento (ap. 1, letra a)), los fines del tratamiento (ap. 1, letra c)), los destinatarios de los datos personales (ap. 1, letra e)), la intención de transferirlos a un tercer país u organización internacional (ap. 1, letra f)), el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar dicho plazo (ap. 2, letra a)), la existencia de un derecho de acceso a los datos personales y a solicitar su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al mismo, o a la portabilidad de los datos (ap. 2, letra b)), así como a retirar el consentimiento inicialmente prestado para su tratamiento (ap. 2, letra c)), la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (ap. 2, letra f)), etc.

Además, de acuerdo con el Considerando 58 del Reglamento (UE) 2016/679 “el principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. Ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea (...)”⁶². Unos deberes que están reforzados en el caso de que la información se dirija a un menor de edad, pues “(...) dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender”.

Para cerrar este apartado cabe apuntar que la adecuada provisión de toda la referida información se torna fundamental para que el titular de los datos personales pueda emitir un consentimiento libre, que, como ya se ha señalado, es un presupuesto necesario para que el tratamiento resulte

⁶² No en vano, el Tribunal Supremo Alemán (BGH) ha considerado abusivas las cláusulas contractuales que, por utilizar un lenguaje complicado y poco preciso, no dejan clara la finalidad para la que se requirió el consentimiento para el tratamiento de los datos personales (MARTÍNEZ VELENCOSO y SANCHO LÓPEZ, 2018, p. 14).

lícito⁶³. Además, desde un punto de vista contractual, el incumplimiento por parte del empresario de su obligación de proporcionar al consumidor una información precontractual adecuada va a tener importantes repercusiones prácticas en relación con el ejercicio del derecho de desistimiento, al que dedicaré el siguiente apartado de este trabajo.

6.4. Ejercicio del derecho de desistimiento

Durante algún tiempo se debatió acerca de la conveniencia o no de prever un derecho de desistimiento en favor del consumidor de contenidos digitales⁶⁴, pues se consideraba que ello podía comprometer seriamente los intereses del empresario, ya que desde el momento en el que el consumidor accede a los contenidos digitales puede ver satisfecha su pretensión e incluso hacerse copias de los mismos. Por ello, aunque finalmente la Directiva 2011/83 optó por incluir un derecho de desistimiento para este tipo de contratos, le dio una configuración muy restrictiva, que limita enormemente su ejercicio, llegando a excluirlo desde el mismo momento en el que el consumidor tiene acceso a los contenidos digitales (salvo que el empresario haya incumplido sus deberes de información precontractual).

Al respecto, lo primero que hay que señalar es que, para que proceda el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales, es necesario que estos hayan sido celebrados a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios.

En cuanto a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios, el artículo 92.2 a) TRLGCU los define como aquellos que se conciertan “con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario”. Por tanto, se exige la presencia de dos requisitos: que el contrato se celebre en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario, entendiendo como tal “toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual” (art. 59 bis d) TRLGCU); y que el contrato se concluya con la presencia física del consumidor y del empresario, siendo este último el aspecto que marca la diferencia con los contratos a distancia, en los que no existe una presencia simultánea del consumidor y del empresario (art. 92.1 TRLGCU).

De hecho, el artículo 92.1 TRLGCU se refiere a los contratos a distancia como aquellos que se suscriben “en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”; y seguidamente menciona algunos ejemplos de técnicas de comunicación a distancia, como “el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”. Por tanto, habrán de concurrir dos requisitos: que el contrato se celebre en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia (por lo que quedan

⁶³ Véase epígrafe 4.2.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en FERNÁNDEZ SCAGLIUS, (coord.) y DE SALES CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA/MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 19 ss.

excluidos los supuestos en los que el contrato sobre contenidos digitales se celebra de modo ocasional o aislado)⁶⁵ y que no exista presencia física del consumidor y el empresario, ya que el precepto exige expresamente que hayan sido celebrados a través de técnicas de comunicación a distancia.

Dado que los contratos que nos ocupan en este trabajo se celebran en la práctica totalidad de los casos (por no decir en todos los casos) a través de internet, parece que no habría problema en aplicarles el derecho de desistimiento que estamos analizando. De hecho, entiendo que tampoco es óbice para su aplicación el hecho de que la contraprestación a cargo del consumidor no consista en el pago de un precio sino en la cesión de sus datos personales, tal y como se desprende del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83⁶⁶, que en su punto sexto llega a proponer una modificación de la misma y “la ampliación de su ámbito de aplicación para incluir los contratos de servicios digitales «gratuitos» y, por tanto, aplicar los requisitos de (...) el derecho de desistimiento a todos los servicios digitales”; con el objeto de despejar dudas y “(...) aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio”. En cualquier caso, aun cuando efectivamente no estaría de más una alusión expresa a este tipo de contratos por parte de la Directiva 2011/83, creo que la falta de referencia a los mismos no permite concluir ni mucho menos que no les resulte aplicable el derecho de desistimiento. De hecho, me parece que el principio *pro consumatore* no deja margen para una interpretación distinta⁶⁷.

El plazo para ejercer el derecho de desistimiento es de catorce días naturales (arts. 102 y 104 TRLGDCU)⁶⁸, ampliándose hasta los doce meses (a contar desde el momento en el que expire el periodo de desistimiento inicial) en caso de que el empresario incumpla con los deberes de información precontractual que le impone la ley (art. 105.1 TRLGDCU)⁶⁹, a los que he hecho referencia en el apartado inmediatamente anterior. En cuanto al cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, la determinación del *dies a quo* dependerá de si los contenidos digitales son suministrados en soporte material o en línea. En el primer caso, el cómputo del plazo comenzará a contar desde el día en el que el consumidor o un tercero designado por él adquiera la posesión material de los contenidos digitales (art. 9.2 b) y Considerando 40 de la Directiva 2011/83 y art. 104 b) TRLGDCU), mientras que en el segundo (que normalmente será el que se dé en el tipo de contratos que nos ocupa) se sitúa en el día en el que tenga lugar la celebración del contrato (art. 9.2 c) de la Directiva 2011/83 y art. 104 c) TRLGDCU).

⁶⁵ MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, pp. 4-5.

⁶⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0259> (fecha de última consulta: 11.5.2021).

⁶⁷ El principio *pro consumatore* puede extraerse del artículo 153 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, de los artículos 51.1 y 53.3 CE y de los artículos 8 b), 19, 128 y 132 TRLGDCU. Supone que el Derecho de Consumo será siempre interpretado de la forma más favorable para el consumidor (véase: PALLARÉS PÉREZ-LUENGO, «¿Qué es el Principio Pro Consumatore?», *legal today*, 14 de mayo 2014).

⁶⁸ La situación era diversa hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2014, pues el TRLGDCU recogía diferentes plazos en función de si el contrato había sido celebrado a distancia, en cuyo caso el plazo era de siete días hábiles (arts. 71.1 y 101.1 TRLGDCU) o fuera del establecimiento mercantil del empresario, supuesto para el que se establecía un plazo de siete días naturales (art. 110.2 TRLGDCU).

⁶⁹ Aunque si en cualquier momento el empresario facilita al consumidor la referida información, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor la reciba (art. 105.2 TRLGDCU).

Además, como adelantaba, la configuración que da la normativa al derecho de desistimiento resulta ciertamente restrictiva. Y es que, para que resulte posible su ejercicio es necesario que el consumidor todavía no haya tenido acceso a los contenidos digitales. Así, en el caso de que estos se suministren en un soporte material, el derecho de desistimiento se excluye desde el instante en el que el consumidor proceda al desprecintado del mismo: “el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran al suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega” (art. 103 i) TRLGDCU); mientras que en el supuesto de los contenidos digitales suministrados en línea, la exclusión se producirá desde el mismo momento en el que comience la ejecución del contrato, siempre que dicha ejecución haya comenzado con consentimiento expreso y previo del consumidor y que este haya tenido conocimiento de que el inicio de la ejecución del contrato conlleva la pérdida del derecho de desistimiento: “el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran al suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento” (art. 103 m) TRLGDCU). Por tanto, la información precontractual proporcionada por el empresario va a jugar de nuevo un papel fundamental, pues si esta no es adecuada, el consumidor podrá ejercer el derecho de desistimiento incluso después de haber accedido a los contenidos digitales.

En todos los supuestos en los que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, la consecuencia será la restitución de las prestaciones, sin que se pueda imponer al consumidor ningún tipo de penalización (arts. 68.1 y 102.2 TRLGDCU)⁷⁰. En el caso de los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material, el consumidor habrá de restituir dicho soporte, pero cuando se trata de contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de internet, la restitución por parte del consumidor se torna más complicada, y en todo caso será innecesaria. Por ello, en estos supuestos, los efectos del desistimiento consistirán, más que en la restitución de los contenidos digitales por parte del consumidor, en la desactivación o inhabilitación del acceso a los mismos por parte del empresario.

⁷⁰ En este sentido, el artículo 68.1 TRLGDCU señala que “el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase (...) serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento” (véase también: art. 102.2 TRLGDCU). Ahora bien, no hay que confundir el establecimiento de una penalización con los costes derivados del ejercicio del derecho de desistimiento, que tienen distinta naturaleza y que en determinados casos habrán de ser asumidos por el consumidor. Así, cuando los contenidos digitales se suministran en un soporte material, los gastos que se deriven de su devolución recaerán sobre el consumidor, salvo que “el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes” (art. 108.1 TRLGDCU). No ocurrirá lo mismo cuando los contenidos digitales se suministren íntegramente a través de internet, el consumidor quedará normalmente exento de cualquier coste, ya que para ello basta con que concurra alguna de las condiciones previstas en el artículo 108.4 b) TRLGDCU: “1.º El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102; 2.º El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien 3.º El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2”; condiciones que la doctrina ha considerado que no tienen carácter cumulativo sino alternativo (véase: CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *CESCO*, Núm. 11, 2014, p. 162).

Respecto a la contraprestación recibida por el empresario, cuando esta tiene carácter dinerario, su restitución no plantea mayores problemas. No ocurre lo mismo, sin embargo, en aquellos supuestos en los que la contraprestación consiste en la cesión de los datos personales por parte del consumidor, que es la hipótesis de la que partimos en este trabajo. Y es que, en tal caso tampoco se podrá hablar de restitución propiamente dicha, pues los datos personales no constituyen un bien susceptible de restitución. Por ello, la principal obligación que asumirá el empresario ante el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor no será la restitución de los datos sino la abstención de continuar con su tratamiento; una obligación que entiendo que habrá de hacerse extensiva a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor.

Pero cabría plantearse qué ocurre con los posibles beneficios que el empresario hubiera obtenido a través del tratamiento de los datos desde el momento de la celebración del contrato hasta aquel en el que el consumidor haya ejercido su derecho de desistimiento. Normalmente será una cuestión que ni siquiera llegue a plantearse, pues de existir algún beneficio económico para el empresario será mínimo, dado el escaso valor que parecen tener los datos personales de forma aislada y el exiguuo tiempo durante el cual el empresario habrá podido hacer uso de los mismos, debido al breve plazo previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento. Además, de haber obtenido beneficios mediante su cesión a terceros, cabe entender que habrá tenido que restituírselos, pues como acabo de señalar en el párrafo anterior, tras el ejercicio del derecho de desistimiento, también ellos van a quedar privados de la utilización de los datos.

Sin embargo, ya hemos visto que, cuando el empresario incumple con los deberes de información precontractual que le impone la ley, el plazo para el ejercicio de desistimiento se amplía hasta los doce meses. Por tanto, en estos casos el empresario (o el tercero al que eventualmente haya cedido los datos) habrá podido hacer uso de los datos personales del consumidor durante un mayor periodo de tiempo (ej. imaginemos que el consumidor agota dicho plazo y ejerce el derecho de desistimiento poco antes de que fine), por lo que es más probable que haya llegado a obtener algún tipo beneficio a través del tratamiento de los datos del consumidor. Y en tal caso, entiendo que el consumidor podría reclamar que le sean repercutidos dichos beneficios, aun cuando reconozco que en la práctica resultará muy complicado probar su cuantía.

6.5. Problemas relativos a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor

Como vamos a ver en este apartado, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales plantea algunos problemas en relación con la emisión y revocación del consentimiento por parte del consumidor para el tratamiento de sus datos personales. Problemas que derivan de la necesidad de coordinar las normas establecidas en dos ámbitos distintos: el de consumo y el de protección de datos de carácter personal. No en vano, hace ya algún tiempo que el Supervisor Europeo de Protección de Datos advirtió de los peligros que conlleva la configuración de la cesión de los datos personales como una contraprestación contractual y las dificultades que ello plantea en cuanto a la conciliación de la nueva normativa con la legislación existente en materia de pro-

tección de datos de carácter personal (Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 25 de junio de 2017⁷¹).

La Directiva 2019/770 ha abordado de forma expresa su posible colisión con la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal y ha dispuesto que los principios que se recogen en esta última continúan resultando plenamente aplicables, algo que parece bastante lógico; pero, además, ha establecido con claridad que en caso de conflicto con la propia Directiva 2019/770 prevalecerá la normativa de protección de datos personales. Así, en su Considerando 37 señala que “(...) la presente Directiva se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679 así como de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicho marco se aplica a cualquier dato personal tratado en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Por consiguiente, los datos personales solo deben recogerse o tratarse de otro modo de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo”. Y el Considerando 48 se pronuncia en términos semejantes, disponiendo que “el Reglamento (UE) 2016/679 o cualquier otra norma del Derecho de la Unión en materia de protección de datos debe aplicarse plenamente al tratamiento de datos personales en relación con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Además, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección de los derechos, obligaciones y acciones extracontractuales que se recogen en el Reglamento (UE) 2016/679”. En el mismo sentido, el Considerando 69 señala que “cuando el consumidor facilite datos personales al empresario, el empresario debe respetar las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 (...)”.

Así mismo, si acudimos a la parte dispositiva de la Directiva, el séptimo párrafo de su artículo 3 dispone que “en caso de conflicto de cualquiera de las disposiciones de la presente Directiva con una disposición de otro acto de la Unión que regule un sector u objeto específicos, la disposición de ese otro acto de la Unión prevalecerá sobre la presente Directiva” y en su párrafo octavo señala que “el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo” (véase también: art. 114.1 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021).

En las cuestiones que tienen que ver con el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, el conflicto se producirá entre la Directiva 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679, pues este último recoge las reglas relativas a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales. Bajo la premisa del carácter prevalente del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770, voy a referirme por separado a ambos aspectos: comenzaré con la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor y a continuación pasará a abordar su posible revocación.

⁷¹ Puede consultarse un resumen del Dictamen en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 18.5.2021).

a. *Emisión de un consentimiento libre*

Ya hemos visto en su momento que el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 exige que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se preste de forma libre⁷². Y para determinar si efectivamente el consentimiento emitido cumple con dicho requisito, el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 señala en su cuarto párrafo que “se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”; una idea que se recoge también en su Considerando 42: “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar (...) su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”. En términos semejantes, el artículo 6.3 LOPD prevé que “no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

Pero entonces, cabe plantearse si el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor sea imprescindible para acceder a los contenidos o servicios digitales (y parece claro que lo es cuando constituye la contraprestación de un contrato) puede implicar que el consentimiento no se considere prestado libremente, pues de no existir dicho consentimiento, el sujeto se vería privado de su uso. Y es que, teniendo en cuenta la prevalencia del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770, parece que el consumidor podría negarse a prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales y aun así tener derecho a acceder a los contenidos o servicios digitales, pues no podría supeditarse dicho acceso a que el consumidor prestara consentimiento, ya que en tal caso el consentimiento no sería libre.

El problema es que ello supondría hacer recaer en el consumidor la decisión sobre la gratuidad u onerosidad del contrato, tal y como ha puesto ya de manifiesto algún otro autor⁷³. De esta manera, la negativa del consumidor a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales transformaría un tipo de contrato que ya hemos visto que merece la calificación de oneroso⁷⁴ en un contrato de carácter gratuito, en el que la prestación que ha de llevar a cabo el empresario (consistente en el suministro de contenidos o servicios digitales) no iría acompañada de una contraprestación a cargo del consumidor.

Una posible solución para salvar la prohibición de que la ejecución del contrato quede supeditada al consentimiento para el tratamiento de los datos y evitar así que su carácter oneroso o gratuito dependa exclusivamente de la voluntad del consumidor consistiría en interpretar el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 6.3 LOPD en el sentido de que, dado que la cesión de los datos personales del consumidor constituye una de las prestaciones en el contrato, esta resulta necesaria para la ejecución del mismo en los términos previstos en los mencionados preceptos. El problema es que puede resultar una interpretación algo forzada, pues parece que cuando la ley dice que el tratamiento ha de ser necesario para la prestación del servicio, lo hace más bien desde una perspectiva técnica, lo que exigiría que el empresario precise de tales datos

⁷² Véase epígrafe 4.2.

⁷³ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, pp. 110 ss.

⁷⁴ Véase epígrafe 6.1.

para poder suministrar los contenidos o servicios digitales, y excluiría que pudiera tratar los datos para otros fines (ej. para fines publicitarios).

b. Revocación del consentimiento

Otro de los problemas que puede plantear el reconocimiento de los datos personales como contraprestación contractual en los contratos sobre suministro de contenidos y servicios digitales es relativo a la revocación del consentimiento por parte del titular de los datos. Y es que, el artículo 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679 dispone expresamente que “el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento”. En el mismo sentido, su Considerando 42, al que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior, señala que “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”.

Del tenor de dichas disposiciones puede deducirse que el Reglamento (UE) 2016/679 configura el derecho del titular de los datos personales a retirar su consentimiento para el tratamiento de los mismos como un derecho de carácter absoluto e irrenunciable⁷⁵. De hecho, la revocabilidad del consentimiento no solo es característica del derecho a la protección de datos personales, sino que también es inherente al resto de derechos de la personalidad, en los que la autorización para permitir intromisiones en los mismos resulta igualmente revocable⁷⁶. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el resto de derechos de la personalidad, en los que la revocación del consentimiento para que se produzcan intromisiones puede llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios (art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —BOE nº 115, de 14.5.1982— —en adelante: LOPDH—); en el caso del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, no solo puede ser revocado libremente, sino que, además, ya hemos visto que el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 prevé expresamente que el titular de los datos personales que revoque el consentimiento para su tratamiento no podrá sufrir ningún perjuicio por ello, lo que parece que excluye la posibilidad de imponerle el pago de cualquier tipo de indemnización (véase también: art. 119 ter.7 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Una cuestión sobre la que volveré más adelante⁷⁷.

Por otro lado, el carácter absoluto con el que el Reglamento (UE) 2016/679 parece configurar el derecho a revocar el consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal impide que este pueda ser objeto de exclusión o limitación, ya que cualquier obstáculo a la libre revocación del consentimiento contravendría la normativa de protección de datos de carácter personal⁷⁸. Por ende, el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor constituya la contraprestación a su cargo en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales no

⁷⁵ AGUILERA RUIZ, «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770», en ALONSO PÉREZ/HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 125

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, «La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (coord.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 252.

⁷⁷ Véase epígrafes 6.6. a y 6.6. b.

⁷⁸ ROSSELLÓ RUBERT, «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de derecho mercantil*, Núm. 303, 2017, pp. 163 ss.

excluye ni limita su facultad para revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento prestado. Y no solo porque lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 tenga carácter prevalente sobre la Directiva 2019/770 (que también), sino porque, además, la propia Directiva 2019/770 establece expresamente en su Considerando 39 que “el derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. El derecho del consumidor a resolver el contrato con arreglo a la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor”.

Pero, como ha puesto de manifiesto algún autor⁷⁹, desde el punto de vista contractual, la facultad del consumidor para revocar en cualquier momento su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal supone dejar en sus manos la decisión acerca del cumplimiento del contrato, lo que podría entrar en conflicto con el artículo 1256 CC, que dispone que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Es obvio que si el consentimiento para el tratamiento de los datos se revoca dentro del plazo de catorce días que hemos visto que se prevé para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor⁸⁰ (y siempre que concurran los estrictos requisitos exigidos para que proceda el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos o servicios digitales suministrados en línea), la cuestión no plantearía mayores problemas desde el punto de vista contractual⁸¹. Pero una vez transcurrido el plazo previsto para el desistimiento (o si nos encontramos ante alguno de los supuestos en los que ya hemos visto que este queda excluido) la situación se torna más complicada, pues no hay prevista en la normativa ninguna figura que permita al consumidor apartarse unilateralmente del contrato.

Hay quien propone que en este tipo de contratos en los que la contraprestación a realizar por el consumidor consista en la cesión de sus datos personales se establezca en su favor una especie de derecho de desistimiento *ad nutum* que no quede sujeto a ningún límite temporal, pudiendo ejercerse en cualquier momento durante la vigencia del contrato⁸². De este modo, el consumidor podría apartarse del contrato cuando quisiera y el ejercicio de su derecho como titular de los datos personales a revocar libremente el consentimiento para su tratamiento no constituiría un incumplimiento contractual. No obstante, creo que en la práctica el resultado sería igualmente dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso del consumidor, aunque para ello se recurra a la fórmula de flexibilizar el derecho de desistimiento; y, por tanto, el problema de la posible vulneración del artículo 1256 CC subsiste. Además, ya hemos visto en el apartado correspondiente que en los contratos sobre contenidos digitales el ejercicio del derecho de desistimiento es especialmente controvertido, dado que pueden quedar seriamente comprometidos los intereses del empresario, lo que ha llevado al legislador a configurarlo con un carácter muy restrictivo⁸³. Por esa razón, creo que no tendría sentido ampliarlo en estos

⁷⁹ SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, pp. 14 ss.

⁸⁰ Véase epígrafe 6.4.

⁸¹ AGUILERA RUIZ, en *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, p. 126.

⁸² SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 22.

⁸³ Véase epígrafe 6.4.

supuestos hasta el punto de que no quede sujeto a ningún tipo de plazo y facultar al consumidor para que pueda apartarse del contrato libremente incluso después de haber visto satisfechas sus pretensiones o de haber realizado copias de los contenidos digitales.

Por ello, considero, con AGUILERA RUIZ⁸⁴, que estos casos en los que el consumidor revoca el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales han de ser tratados como un incumplimiento contractual por parte de este. Y es que, desde el mismo momento en el que se revoque el consentimiento, el empresario deberá abstenerse de seguir tratando los datos personales del consumidor (sin perjuicio de que la retirada del consentimiento no afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada: art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679), por lo que parece claro que hay un incumplimiento de la prestación a cargo del consumidor, que precisamente consiste en ceder los datos al empresario para su tratamiento. O si se prefiere, hay un cese en su cumplimiento desde el momento en el que se produce la revocación del consentimiento. Las consecuencias serán las que se mencionarán más adelante cuando se aborde la cuestión del incumplimiento⁸⁵.

Ahora bien, entiendo que habrá algunos supuestos en los que el consumidor podrá revocar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales por parte del empresario sin que ello constituya incumplimiento alguno por su parte. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que la prestación que ha de llevar a cabo el empresario consista en suministrar al consumidor un contenido o servicio digital concreto y la prestación a cargo del consumidor en permitirle un determinado tratamiento de sus datos. Pues bien, una vez que el empresario haya suministrado al consumidor el concreto contenido o servicio digital pactado y este haya permitido que el empresario lleve a cabo el tratamiento específico de sus datos personales que se haya acordado, ambas partes habrán cumplido ya con sus respectivas obligaciones y, por tanto, creo que la revocación del consentimiento por parte del consumidor para un ulterior tratamiento de sus datos personales no habría de tener ninguna consecuencia a nivel contractual. Eso sí, para ello sería necesario que el empresario hubiera podido llevar a cabo el concreto tratamiento acordado.

Lo que ocurre es que normalmente la cesión de los datos personales no se lleva a cabo para su tratamiento puntual, pues ya hemos visto que el empresario obtiene rendimiento económico de los mismos no mediante su tratamiento esporádico, sino poniéndolos en conjunto con los datos de otros usuarios e incluso cediéndolos a terceros⁸⁶. Además, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales generalmente no tienen carácter instantáneo, sino que suelen prolongarse en el tiempo. Y es que, más que suministrar un concreto contenido o servicio digital, lo que permiten normalmente este tipo de contratos es que el consumidor acceda al contenido o servicio en cuestión de forma telemática durante un amplio plazo o incluso *sine die*. Al respecto, el Considerando 51 de la Directiva 2019/770 señala que “muchos tipos de contenidos o servicios digitales se suministran de forma continua a lo largo del tiempo, como el acceso a servicios en nube (...)”. También recogen esta idea los Considerandos 56 y 57. El primero dispone que “los contenidos o servicios digitales pueden suministrarse a los consumidores mediante un único acto de suministro, por ejemplo cuando se descarga un libro electrónico y se almacena en un dispositivo personal. Del mismo modo, el suministro puede consistir en una serie de actos individuales de esa naturaleza, por ejemplo cuando el consumidor recibe un enlace para descargar un nuevo

⁸⁴ AGUILERA RUIZ, en *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, p. 126.

⁸⁵ Véase epígrafe 6.6. a.

⁸⁶ Véase epígrafe 5.2.

libro electrónico cada semana (...); mientras que el segundo señala que “los contenidos o servicios digitales también pueden suministrarse a los consumidores de forma continua a lo largo de un período de tiempo. El suministro continuo puede incluir aquellos casos en los que el empresario pone un servicio a disposición de los consumidores durante un período determinado o un período indefinido, como un contrato de almacenamiento en nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido. El elemento distintivo de esta categoría es el hecho de que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido (...)”. Y en estos casos, cabe entender que el consumidor estará obligado a continuar permitiendo el tratamiento de sus datos personales durante todo el tiempo en el que tenga acceso a los contenidos o servicios digitales en cuestión, por lo que si en cualquier momento revocara el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales estaría incurriendo en un incumplimiento del contrato.

6.6. Consecuencias del incumplimiento del contrato

Como anticipaba, el legislador ha establecido un régimen unitario del incumplimiento para el conjunto de contratos sobre contenidos y servicios digitales, previendo remedios generales y comunes para todos los supuestos. La ventaja de esta técnica es que permite que la normativa pueda adaptarse a los continuos cambios que se van produciendo en esta materia como consecuencia los avances tecnológicos y de este modo se evita su rápida obsolescencia⁸⁷. Pero el inconveniente es que no todos los remedios previstos ante el incumplimiento sirven para todos los tipos de contratos; a lo que hay que añadir que, como vamos a ver, el régimen establecido es algo impreciso y además resulta incompleto, abusando a mi modo de ver de la remisión a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros

a. Incumplimiento contractual por parte del consumidor

Comenzaré abordando el posible incumplimiento del contrato por parte del consumidor, algo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando este no facilite al empresario el acceso a sus datos personales de acuerdo a lo establecido en el contrato (en el hipotético caso de que estos no se cedan al empresario en el mismo momento de su celebración) o bien le haya proporcionado unos datos personales que no sean veraces o resulten incompletos. La Directiva 2019/770 no ha previsto expresamente las consecuencias de dichos incumplimientos y, si atendemos a nuestra normativa nacional, dado el carácter sinalagmático de este tipo de contratos, parece que el empresario podría hacer uso de la facultad que le atribuye el artículo 1124 CC y optar entre resolver el contrato o exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación en los términos acordados, en ambos supuestos con resarcimiento de daños y abono de intereses⁸⁸. No obstante, la posibilidad de exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación en los términos acordados colisiona frontalmente con lo dispuesto en la normativa de protección de datos personales, que ya hemos visto

⁸⁷ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 14.

⁸⁸ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *AC*, Núm. 1, 2020, p. 8.

que prevé expresamente que el consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales ha de prestarse de forma libre⁸⁹, por lo que nadie puede ser compelido a consentir el tratamiento de sus datos personales. Por ello, entiendo que la única opción a disposición del empresario sería la de resolver el contrato (a cuyos efectos me referiré en un apartado específico⁹⁰), con derecho a reclamar una eventual indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado, aunque no en todos los casos, como enseguida veremos.

Al respecto, resulta de interés detenerse en un tipo concreto de incumplimiento, por dos motivos: porque creo que en la práctica resultará frecuente y porque, además, entre las consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento no cabrá establecer una indemnización por daños y perjuicios a cargo del consumidor. Me estoy refiriendo a los casos en los que el incumplimiento por parte del consumidor deriva de la retirada del consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento de sus datos personales, una posibilidad a la que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior⁹¹. Y es que, como ya se señalado, la revocación del consentimiento impide que el empresario pueda continuar con el tratamiento de los datos personales del consumidor, por lo que la prestación contractual a cargo de este último quedaría incumplida.

En cuanto a las consecuencias derivadas de este tipo de incumplimiento, una vez más no han sido previstas por la Directiva 2019/770. Al respecto, se limita a señalar en su Considerando 40 que “la presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional”. Por lo tanto, en nuestro caso tendremos que atender a las normas previstas en el Código Civil para el incumplimiento del contrato. Y, una vez más, dado el carácter sinalagmático de este tipo de contratos, ante el incumplimiento por parte del consumidor, el empresario estaría facultado para resolver el contrato (art. 1124 CC). De hecho, el artículo 119 ter.7 TRLGDCU (en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021) señala que “el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato”.

Pero, de nuevo, parece que no podría optar por exigir al consumidor el cumplimiento del contrato en los términos acordados, pues como ya he señalado, ello supondría forzar al titular los datos personales a que prestara el consentimiento para el tratamiento de los mismos, lo que contravendría la normativa de protección de datos, que ya hemos visto que no solo establece que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales ha de prestarse de forma libre, sino también que el titular de los datos puede revocar en cualquier momento el consentimiento inicialmente prestado. Y es que, en contra de lo que dice la Directiva, no solo habrá que tener en cuenta el Derecho nacional, sino también el derecho emanado de las instituciones comunitarias, y, en concreto, el Reglamento (UE) 2016/679. Por lo tanto, hasta aquí, las consecuencias previstas para los supuestos en los que el incumplimiento del contrato por parte del consumidor deriva de la retirada del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales serían coincidentes con las que hemos visto para el resto de incumplimientos: el empresario podría resolver el contrato, pero no exigir al consumidor que cumpla el contrato en los términos acordados, pues ello

⁸⁹ Véase epígrafes 4.2 y 6.5. a.

⁹⁰ Véase epígrafe 6.6. c.

⁹¹ Véase epígrafe 6.5. b.

supondría compelerle a prestar consentimiento, por lo que este ya no podría considerarse emitido libremente en los términos exigidos por la normativa de protección de datos de carácter personal.

Ahora bien, este tipo de incumplimiento contractual presenta una importante peculiaridad, pues, a diferencia de lo que sucede cuando los incumplimientos son de otra índole (ej. falsedad de los datos personales suministrados por el consumidor), cuando derivan de la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales por parte del titular de los mismos parece que no cabría establecer ningún tipo de indemnización a cargo del consumidor por los daños y perjuicios que puedan provocarse al empresario como consecuencia de la revocación del consentimiento y el consiguiente incumplimiento del contrato, pues ya hemos visto que el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 señala expresamente que “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno” (véase también: art. 119 ter.7 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021)⁹². Ya he apuntado también que ello supone una importante diferencia con el régimen previsto para la revocación del consentimiento para las intromisiones en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supuesto en el que sí está prevista la indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas (art. 2.3 LOPDH).

En todo caso, con el objeto aportar mayor seguridad jurídica, creo que no hubiera estado de más que el legislador comunitario hubiera sido más preciso al referirse a las posibles consecuencias del incumplimiento del contrato por parte del consumidor en los diferentes supuestos de los que puede derivar dicho incumplimiento.

b. Incumplimiento contractual por parte del empresario

Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, el empresario habrá de suministrar los contenidos o servicios digitales al consumidor sin demora indebida tras la celebración del contrato (art. 5.1 de la Directiva 2019/770). Pues bien, en aquellos casos en los que el empresario incumpla con dicha obligación, el consumidor podrá compelerle para que lo haga, nuevamente sin demora; y, en caso de que el empresario se reitere en el incumplimiento, el consumidor podrá resolver el contrato. Al respecto, el artículo 13.1 de la Directiva 2019/770 señala que “el consumidor pedirá al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. Si el empresario no suministra entonces los contenidos o servicios digitales sin demora indebida, o en un período de tiempo adicional según acuerdo expreso de las partes, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato” (véase también: art. 66 bis.2 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.5 del Real Decreto-ley 7/2021). En el mismo sentido, el Considerando 61 dispone que “cuando el empresario haya incumplido el suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor debe pedir al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. En tales casos, el empresario debe actuar sin demora indebida o dentro de un plazo adicional acordado expresamente por las partes. Considerando que los contenidos o servicios digitales se suministran en formato digital, el suministro no debe requerir, en la mayor parte de las situaciones, ningún plazo adicional para poner los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor. Por tanto, en estos casos, la obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida ha

⁹² Véase epígrafe 6.5. b.

de significar tener que suministrarlos inmediatamente. Si, a continuación, el empresario incumple el suministro de los contenidos o servicios digitales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato (...).

Además, el consumidor podrá proceder a resolver el contrato de forma inmediata cuando concurra alguna de las dos circunstancias previstas en el segundo punto del artículo 13 de la Directiva 2019/770: bien que “el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales” o bien que “el consumidor y el empresario hayan acordado, o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor es esencial que el suministro se produzca en un momento determinado y el empresario no suministre los contenidos o servicios digitales en ese momento como muy tarde”. Una idea que se recoge también en el Considerando 61 de la Directiva 2019/770: “(...) en circunstancias específicas, como cuando esté claro que el empresario no va a suministrar los contenidos o servicios digitales, o cuando sea primordial para el consumidor que el suministro se efectúe en un momento determinado, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato sin pedir previamente al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales”.

Pero también puede ocurrir que el empresario haya cumplido con su obligación de suministrar los contenidos o servicios digitales en el momento acordado, pero estos no estén en conformidad con el contrato. Al respecto, los arts. 7 y 8 de la Directiva 2019/770 recogen una serie de requisitos objetivos⁹³ y subjetivos⁹⁴ para que pueda considerarse que los contenidos o servicios digitales están en conformidad (véase también: arts. 115 bis y 115 ter TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Y si no concurre alguno de dichos requisitos y, por ende, existe falta de conformidad, “el consumidor podrá exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato (...)” (art. 14.1 y Considerando 62 de la Directiva 2019/770; véase también: art. 117.1 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021).

⁹³ Los requisitos de carácter objetivo están previstos en el artículo 8.1 de la Directiva 2019/770, que establece que los contenidos o servicios digitales “a) serán aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector; b) presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado, a menos que el empresario demuestre que: i) desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera, ii) en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar, o iii) la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos o servicios digitales; c) en su caso, se suministrarán junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir, y d) serán conformes con la versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios digitales, puestos a disposición por el empresario antes de la celebración del contrato”.

⁹⁴ En cuanto a los requisitos subjetivos, se refiere a ellos el artículo 7 de la Directiva 2019/770, que prevé que los contenidos y servicios digitales suministrados han de cumplir con los siguientes cuatro requisitos: “a) serán acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato; b) serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) se suministrarán junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación, y asistencia al consumidor según disponga el contrato, y d) se actualizarán según disponga el contrato”.

De la dicción literal del precepto parece extraerse que el consumidor está facultado para optar entre las tres opciones que ofrece: exigir que los servicios sean puestos en conformidad, solicitar que se aplique una reducción en el precio o bien resolver el contrato. No obstante, creo que en realidad no dispone de dicha facultad de optar, o al menos no en todos los casos.

En primer lugar, porque no siempre va a resultar posible solicitar una reducción del precio. De hecho, en los supuestos que estamos analizando (suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales) el párrafo cuarto del artículo 14 de la Directiva excluye expresamente la posibilidad de aplicar dicho remedio (véase también: Considerando 67), lo que parece lógico, pues resulta difícil pensar en una reducción proporcionada de los datos personales que el consumidor ha cedido al empresario.

Y, en segundo lugar, porque, con carácter general, la acción de resolución queda reservada para los supuestos más graves de falta de conformidad y para aquellos en los que el consumidor ya ha solicitado sin éxito la puesta en conformidad. Al respecto, el cuarto apartado del artículo 14 matiza lo establecido en su apartado primero y señala que solo cabrá la resolución cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: “a) la medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada con arreglo al apartado 2; b) el empresario no ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad con arreglo al apartado 3; c) subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad; d) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato; o e) el empresario ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor”.

Ahora bien, dispone el artículo 14.6 de la Directiva 2019/770 que “cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve. La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al empresario”. Por tanto, llevando a cabo una interpretación *a sensu contrario* del mencionado precepto, podría concluirse que cuando la contraprestación a cargo del consumidor no consista en el pago de un precio sino en la cesión de sus datos personales, entonces sí podrá resolver el contrato, aunque el incumplimiento por parte del empresario tenga carácter leve. De hecho, así lo dispone de forma meridianamente clara el Considerando 67 de la Directiva 2019/770: “cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de que el consumidor facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio”. En términos semejantes, el art. 119 ter.2 TRLGDCU (en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021) señala que “la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario”.

En definitiva, parece que ante cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales (revista o no carácter grave) el consumidor que ha cedido sus datos personales para su tra-

tamiento por parte del empresario a cambio del suministro de dichos contenidos o servicios estará facultado para optar entre requerir al empresario la inmediata puesta en conformidad o proceder a la resolución del contrato.

Y cuando opte por la resolución del contrato como consecuencia de la falta de conformidad con los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, no podrá ser compelido a realizar ningún tipo de pago por el tiempo durante el cual haya hecho uso de los mismos. En este sentido, el artículo 17.3 de la Directiva 2019/770 señala expresamente que “al consumidor no se le podrá reclamar ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato, durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes”; una idea que se reitera en su Considerando 72: “en el momento de la resolución del contrato, el consumidor no debe estar obligado a pagar por el uso de los contenidos o servicios digitales durante un período en el que los contenidos o servicios digitales no sean conformes con el contrato, dado que ello le privaría de una protección efectiva”. Pero lo habitual es que el consumidor ceda sus datos personales desde el mismo momento de la celebración del contrato y el empresario comience de forma inmediata con el tratamiento de los mismos, por lo que, aunque cese en dicho tratamiento una vez que el consumidor resuelva el contrato, ya se habrá producido como mínimo un pago parcial por parte de este. Y ello exige buscar fórmulas para que el consumidor pueda verse resarcido, tal y como vamos a ver en el siguiente apartado.

c. En particular, los efectos de la resolución del contrato

En aquellos casos en los que el contrato se resuelva, ya se deba al incumplimiento por parte del consumidor o del empresario o a la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados, nacerán una serie de obligaciones tanto para el empresario como para el consumidor.

Al respecto, ya sabemos que la principal consecuencia que prevé la normativa para los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento es la obligación de las partes de restituirse las prestaciones. No obstante, en los supuestos que estamos analizando creo que hablar de restitución no resulta del todo correcto:

En el caso del empresario, una vez resuelto el contrato, deberá abstenerse de continuar con el tratamiento de los datos personales del consumidor, obligación que parece que se extenderá igualmente a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder dichos datos. Pero creo que no cabe hablar de restitución propiamente dicha, pues en realidad el empresario no ha de restituir nada, sino que su obligación se limita a cesar en el tratamiento de los datos personales del consumidor. Además, ya hemos visto que la cesión de los datos personales no constituye una obligación de dar sino de hacer⁹⁵, por lo que difícilmente podría hablarse de restitución.

El principal problema que plantean estos supuestos es que nada garantiza que los datos personales del consumidor no puedan ser objeto de futuros usos, por ejemplo, por parte de otros responsables a los que el empresario les haya transferido dichos datos. Y es que, los datos raramente se destruyen o desaparecen, sino que quedan almacenados en la red⁹⁶. De hecho, hasta la fecha no

⁹⁵ Véase epígrafe 5.1.

⁹⁶ NAVAS NAVARRO/CAMACHO CLAVIJO, *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, p. 29

se cuenta con los medios técnicos necesarios para borrar por completo y para siempre los datos subidos a internet⁹⁷.

Por otro lado, entre las obligaciones del empresario también está la de poner a disposición del consumidor los contenidos que este haya podido crear o almacenar durante la utilización de los servicios digitales, pues la normativa reconoce expresamente el derecho del consumidor a recuperar dichos contenidos (art. 16.4 de la Directiva 2019/770; véase también: art. 119 ter.5 letras d) y e) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). En este sentido, el Considerando 71 de la Directiva 2019/770 señala que “el consumidor debe poder recuperar los contenidos dentro de un plazo razonable, sin impedimentos por parte del empresario, en un formato de lectura mecánica comúnmente utilizado y sin cargo alguno, a excepción de los gastos generados por su propio entorno digital, por ejemplo los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los contenidos (...)”.

Cuando dichos contenidos creados o facilitados por el consumidor constituyan una contraprestación contractual o formen parte de la misma (porque así lo hayan acordado las partes: véase Considerando 24 de la Directiva 2019/770), sí cabría hablar de restitución propiamente dicha; pero en otro caso, creo que en realidad nos encontraríamos ante una consecuencia derivada de la resolución del contrato distinta de la restitución de las prestaciones, y que ha sido prevista de forma específica para este tipo de contratos.

La razón por la que el artículo 16.4 y el Considerando 71 de la Directiva 2019/770 reconocen al consumidor el derecho a recuperar los contenidos que haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales se encuentra recogida en el Considerando 70 de la propia Directiva, que señala que “el consumidor podría verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales si se ve privado de acceso a contenidos que no sean los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales. Para garantizar que los consumidores puedan gozar de una protección efectiva en relación con el derecho a resolver el contrato, el empresario, previa solicitud del consumidor, debe poner dicho contenido a disposición de este tras la resolución del contrato”.

Además, el empresario no solo tendrá que poner a disposición del consumidor los contenidos creados o facilitados por este, sino que, además, con carácter general, deberá abstenerse de realizar cualquier uso futuro de los mismos: “(...) en el momento de la resolución del contrato, el empresario también debe abstenerse de utilizar cualquier contenido, que no sean datos personales, que haya sido facilitado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. Esos contenidos pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles (...)” (Considerando 69 de la Directiva 2019/770). Al respecto, dispone el artículo 16.3 de la Directiva 2019/770 que “el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, salvo cuando dicho contenido: a) no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales

⁹⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 17.

suministrados por el empresario; c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados, o d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido” (véase también: art. 119 ter.5 c) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Por tanto, pese a que la regla general es que el empresario ha de abstenerse de utilizar cualquier contenido creado o facilitado por el consumidor, se establece alguna excepción, en concreto: “(...) el empresario debe tener derecho a seguir utilizando los contenidos facilitados o creados por el consumidor en los casos en que dichos contenidos no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, solo se refieran a la actividad del consumidor, hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o requieran para ello esfuerzos desproporcionados, o hayan sido generados conjuntamente por el consumidor y otros, y otros consumidores puedan seguir haciendo uso de los mismos” (Considerando 69 de la Directiva 2019/770).

En cuanto a las obligaciones a cargo del consumidor tras la resolución del contrato, la situación será semejante a la que hemos visto para el caso del empresario, pues en muchos casos los contenidos digitales no serán susceptibles de restitución (ej. cuando la prestación recibida por el consumidor consista en unas claves que le permitan acceder a una serie de contenidos digitales almacenados en la red), y, cuando lo sean, la restitución no tendrá ninguna utilidad para el empresario (pues normalmente, lo que habrá cedido al consumidor es una copia de los contenidos); por lo que en realidad la principal obligación del consumidor tras la resolución del contrato será el cese en la utilización de los contenidos o servicios digitales de que se trate y no su restitución. De hecho, el artículo 17 de la Directiva 2019/770 dispone que “tras la resolución del contrato, el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de tercero” (véase también: art. 119 ter.6 a) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Una idea recogida también en el Considerando 72 de la Directiva 2019/770, que señala que “(...) el consumidor también debe abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros, por ejemplo, eliminando los contenidos digitales o cualquier copia utilizable, o haciendo que los contenidos o servicios digitales no sean accesibles”. No en vano, el artículo 16.5 faculta expresamente al empresario para “(...) impedir cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor, en particular haciendo que los contenidos o servicios digitales sean inaccesibles para el consumidor o inhabilitando la cuenta de usuario del consumidor (...)” (véase también: art. 119 ter.5 f) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021).

El problema es que durante el *iter* temporal transcurrido desde el momento de la celebración del contrato hasta el de la resolución, la parte que ha incumplido su obligación y que ha provocado que el contrato termine resolviéndose ha podido verse beneficiada por el correcto cumplimiento de la otra parte, haciendo uso de los datos personales del consumidor, en el caso del empresario, o de los contenidos o servicios digitales suministrados, en el caso del consumidor.

Así, en el caso de que el incumplimiento sea imputable al empresario, desde el momento en el que el consumidor cede sus datos personales hasta que detecta la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales o el incumplimiento por parte del empresario y resuelve el contrato, este último podrá haber hecho uso de los datos personales y haber obtenido el consiguiente beneficio. Y es que, aunque nada impide que las partes acuerden que la cesión de los datos per-

sonales del consumidor para su tratamiento por parte del empresario se produzca en un momento ulterior (Considerando 24 de la Directiva 2019/770)⁹⁸, lo habitual es que tenga lugar en el mismo momento en el que se perfecciona el contrato. Pues bien, en estos supuestos parece que lo justo sería que el empresario compensara al consumidor que sí ha cumplido con su obligación de ceder sus datos y no ha obtenido a cambio la contraprestación a cargo del empresario, o al menos no en la forma acordada entre ambas partes.

Por ello, al igual que he señalado en su momento para el caso del ejercicio de desistimiento⁹⁹, creo que cabría pensar en la posibilidad de imponer al empresario la obligación de trasladar al consumidor los beneficios que haya obtenido con el tratamiento de sus datos personales¹⁰⁰. Al respecto, aunque ya hemos visto que los datos personales individualmente considerados no tienen excesivo valor¹⁰¹, y, por tanto, no cabe esperar que el empresario haya obtenido grandes beneficios a través de su tratamiento durante un breve periodo de tiempo; creo que habrá que valorar las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. En particular, para determinar si ha existido o no un beneficio por parte del empresario que sea merecedor de compensación a favor del consumidor habrá que atender a diversos factores, como el tiempo que ha durado el tratamiento de los datos personales del consumidor, la cantidad de datos personales que han sido objeto de dicho tratamiento o si los datos se han cedido a terceras personas. Aunque en relación a este último aspecto, hay que tener en cuenta que lo habitual es que el empresario se vea obligado a restituir a los terceros cualquier pago que estos le hayan hecho a cambio de la cesión de los datos personales del consumidor, pues como hemos visto unas líneas más arriba, ellos también van a quedar privados de su tratamiento tras la resolución del contrato por parte del consumidor (aunque reconozco que, en la práctica, resulta más que complicado demostrar que todos los responsables del tratamiento de los datos del consumidor han cesado en el mismo).

Si efectivamente se acredita que el empresario ha obtenido un beneficio mediante el tratamiento de los datos personales del consumidor durante el tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y su resolución por parte del consumidor como consecuencia del incumplimiento por parte del empresario, pueden pensarse diferentes fórmulas para que el consumidor se vea resarcido: por ejemplo, podría establecerse una compensación económica directa que el empresario tuviera que abonar al consumidor; aunque entiendo que lo más habitual será que el eventual beneficio obtenido por el empresario se tenga en cuenta a la hora de calcular la correspondiente indemnización en favor del consumidor por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento contractual. Al respecto, a diferencia de lo que ocurre cuando es el consumidor quien incumple su obligación, al que ya hemos visto que no siempre cabe imponerle el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados (en efecto, no resulta posible cuando el incumplimiento deriva de la negativa del consumidor a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos o de la revocación del mismo, pues se excluye que pueda sufrir cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de ello¹⁰²); cuando el incumplimiento es imputable al empresario siempre queda expedita la vía indemnizatoria. De hecho, la Directiva 2019/770 dispone

⁹⁸ Véase epígrafe 6.2.

⁹⁹ Véase epígrafe 6.4.

¹⁰⁰ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», AC, Núm. 1, 2020, p. 6.

¹⁰¹ Véase epígrafe 5.2.

¹⁰² Véase epígrafes 6.5. a., 6.5. b. y 6.6. a.

expresamente en su Considerando 73 que “el principio de la responsabilidad del empresario por daños y perjuicios es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Por tanto, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad (...)”.

Y en el caso del consumidor, al igual que ocurre con el empresario, también es posible que con carácter previo a la resolución del contrato haya podido verse beneficiado por el cumplimiento de la otra parte pese a su propio incumplimiento. Así, durante un cierto tiempo, el consumidor habrá podido disfrutar de los contenidos o servicios digitales, por lo que, si el incumplimiento del contrato es imputable a él, habrá obtenido un beneficio no justificado. Imaginemos, por ejemplo, que los datos personales que el consumidor ha proporcionado al empresario a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales son falsos, en cuyo caso, habrá podido verse beneficiado por la utilización de los contenidos o servicios digitales desde el momento en el que tiene acceso a los mismos hasta el instante en el que el empresario detecta la falsedad de los datos personales suministrados por el consumidor. De hecho, podría haber visto ya satisfechas sus pretensiones (ej. visionado de la película) o incluso haber hecho copias de los contenidos digitales. Al respecto, como dispone GARCÍA HERRERA¹⁰³, parece que lo lógico sería que esta posibilidad fuera tenida en cuenta a la hora de establecer la correspondiente indemnización a cargo del consumidor por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento contractual. Ahora bien, cabe recordar una vez más que hay algunos incumplimientos del consumidor (en concreto, los que derivan de la negativa a emitir el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales o de la revocación del mismo) en los que se excluye la posibilidad de establecer el pago de una indemnización por parte del consumidor. De hecho, parece que ante este tipo de incumplimientos tampoco puede fijarse ningún tipo de compensación económica directa, pues ello supondría igualmente que el consumidor sufriera un perjuicio económico como consecuencia de la negativa a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales o de la retirada del mismo, precisamente en los términos proscritos por el Reglamento (UE) 2016/679¹⁰⁴.

7. Conclusiones

La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma en reconocer la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda explotarlos y utilizarlos como instrumento de cambio en el mercado digital, configurando de este modo la cesión de datos personales como una verdadera contraprestación contractual, siempre que dicha cesión comprenda más datos de los necesarios desde un punto de vista técnico o legal para que el empresario pueda suministrar al consumidor los contenidos o servicios digitales que sean objeto del contrato. Ello supone un importante avance para la protección de los consumidores en el mercado digital, al extender los mecanismos de tutela legalmente previstos a aquellos supuestos en los que el consumidor no ha de pagar un precio, pero ha de ceder sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario.

¹⁰³ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», AC, Núm. 1, 2020, p. 8.

¹⁰⁴ Véase epígrafes 6.5. a., 6.5. b. y 6.6. a.

Ahora bien, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación contractual en el mercado digital plantea varios problemas que habrían de ser abordados por el legislador de una forma más precisa:

Por un lado, en la regulación de este tipo de contratos confluye la normativa de protección de los consumidores (principalmente las Directivas de la Unión Europea 2011/83 y 2019/770 y el TRLGDCU) con la normativa de protección de datos personales (integrada por el Reglamento (UE) 2016/679, la LOPD de 2018 y el Real Decreto 1720/2007); y los principios inspiradores de unas y otras normas no siempre se compadecen bien, lo que provoca que en algunos puntos resulten incoherentes e incluso contradictorias.

Por otro lado, la normativa no ofrece solución a muchas de las controversias que se plantean en torno a este tipo de contratos. Así, resulta difícil determinar la calificación concreta que han de recibir, el momento y la forma en que ha de producirse la cesión de los datos personales del consumidor, el contenido del deber de información precontractual que atañe al empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor o las posibles consecuencias del incumplimiento de alguna de las partes.

En cuanto a la concreta calificación contractual, parece claro que nos encontramos ante un contrato oneroso y sinalagmático, pero puede plantear más dudas la categoría contractual precisa en la que ha de incluirse, aunque lo más probable es que estemos ante un tipo de contrato atípico, pues está dotado de unas características propias que impiden su incardinación dentro de alguna de las categorías contractuales clásicas.

El momento y la forma en que ha de producirse la cesión de los datos personales del consumidor dependerá de lo que hayan pactado las partes. En todo caso, cabe entender que podrán ser proporcionados al empresario por el propio consumidor mediante su registro en las diferentes plataformas y aplicaciones de internet o bien podrán ser obtenidos directamente por el empresario a través de las denominadas *cookies*.

Es indudable que los datos personales tienen un valor económico, pues constituyen la materia prima del llamado *Big Data*, que genera cada día mayores beneficios. Lo que ocurre es que no es fácil determinar su valor concreto, ya que se trata de un mercado opaco, lo que impide que la información precontractual que recibe el consumidor sea exacta y completa, pues difícilmente va a poder tener conocimiento acerca del valor concreto de la contraprestación que realiza.

En cualquier caso, ello no exime al empresario de su obligación de informar adecuadamente al consumidor acerca de la contraprestación que ha de llevar a cabo a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales. En particular, el consumidor ha de recibir información completa sobre el uso que se va a hacer de sus datos personales, para que así pueda conocer hasta qué punto está comprometiendo su privacidad mediante la cesión de sus datos, y si ello le compensa para la adquisición de los contenidos o servicios digitales de que se trate. De hecho, el deber del empresario de informar al consumidor acerca del destino y utilización de sus datos personales deriva directamente de la normativa de protección de datos.

Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, la restitución de las prestaciones se torna ciertamente complicada, pues los datos personales no constituyen un bien susceptible de

restitución. Por ello, la principal obligación que asumirá el empresario ante el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor no será la restitución de los datos sino la abstención de continuar con su tratamiento, una obligación que parece que habrá de hacerse extensiva a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor. Y si el empresario hubiera obtenido un beneficio económico con el tratamiento de los datos personales del consumidor, se entiende que este último podría reclamar que le sea repercutido.

El hecho de que el contrato sea calificado como oneroso conlleva la vinculación del consumidor y su obligación de cumplir con la prestación a su cargo, algo que puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal. Téngase en cuenta que esta prevé, por un lado, que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de prestarse libremente, lo que excluiría su exigencia coactiva por parte del empresario, de tal modo que en caso de incumplimiento del consumidor la única opción que tendría el empresario sería resolver el contrato. Y, por otro lado, la normativa de protección de datos dispone que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales ha de poder revocarse libremente, pero tal revocación supondría en sí misma un incumplimiento contractual por parte del consumidor. Además, cuando el incumplimiento derive de la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, no podrá establecerse ningún tipo de indemnización a cargo del consumidor, pues la normativa de protección de datos rechaza expresamente que el titular de los datos pueda soportar cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de la revocación del consentimiento.

Cuando sea el empresario quien incumpla su obligación, el consumidor podrá compelerle para que cumpla, y si el empresario persiste en el incumplimiento, el consumidor podrá proceder a la resolución del contrato. En caso de que el incumplimiento derive de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados, el consumidor podrá exigir la puesta en conformidad. No podrá, sin embargo, hacer uso de la facultad de solicitar una reducción proporcionada en el precio, pues esta queda excluida cuando la contraprestación a cargo del consumidor consista en la cesión de sus datos personales, algo que parece razonable, pues sería cuando menos complicado llevar a cabo una reducción proporcionada de los datos personales que el consumidor ha cedido al empresario. Como contrapartida, el consumidor podrá optar por la resolución del contrato aun cuando la falta de conformidad tenga carácter leve.

En los supuestos en los que se resuelva el contrato, la restitución de las prestaciones que habría de seguir a la resolución contractual se torna complicada. Dado que los datos personales del consumidor no constituyen un bien susceptible de restitución, la obligación del empresario se limita a cesar en su tratamiento, haciéndose extensible a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor. Además, si el incumplimiento es imputable al empresario, cabe entender que habrá de trasladar al consumidor los eventuales beneficios que haya obtenido mientras haya durado el tratamiento de sus datos personales.

Para terminar, me gustaría poner de relieve que, en términos generales, cabe hacer una valoración muy positiva de la configuración de los datos personales como una contraprestación contractual en el mercado digital, pues ha permitido aumentar el nivel de protección de los consumidores. Sin embargo, es preciso que se impulsen las oportunas modificaciones legislativas para corregir las disfunciones que presenta el sistema, armonizando las normas previstas en sede de protección de los consumidores y en sede de protección de datos personales y adoptando una regulación más pormenorizada para este tipo de contratos, lo que permitiría dotarlos de un marco jurídico completo y coherente.

8. Tabla de sentencias citadas

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>ECLI</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 1ª, 8.3.1999	30		María Emilia Casas Baamonde
STC, 2ª, 22.3.1999	44		Rafael de Mendizábal Allende
STC, Pleno, 30.11.2000	292		Julio Diego González Campos
STS, 1ª, 11.5.1999	3104		Xavier O'Callaghan Muñoz
SAN, 1ª, 12.5.2011	2	ECLI:ES:AN:2011:2363	Diego Córdoba Castroverde
SAN, 1ª, 28.4.2015	724	ECLI:ES:AN:2015:1843	Juan Pedro Quintana Carretero
SAN, 1ª, 6.6.2017	206541	ECLI:ES:AN:2017:3111	María Luz Lourdes Sanz Calvo

9. Bibliografía

AGUILERA RUIZ, Luis, “La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770”, en ALONSO PÉREZ, María Teresa y HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 117-129.

ARENAS RAMIRO, Mónica, “Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades”, en RALLO LOMBARTE, Artemi/GARCÍA MAHAMUT, Rosario (coords.), *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 311-372.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, Núm. 11, 2014, pp. 79-167.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret* 3/2016 (www.indret.com).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Una perspectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en FERNÁNDEZ SCAGLIUS, María de los Ángeles (coord.) y DE SALES CAPILLA RONCERO, Francisco/ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel/ARANGUREN URRIZA, Francisco José/MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 19-55.

CONDE ORTÍZ, Concepción, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, “La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)”, *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, pp. 29-65.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 1, 2014, pp. 251-258.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel, “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *Revista de derecho privado*, Núm. 4, 2020, pp. 93-120.

GARCÍA HERRERA, Vanessa, “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, Núm. 1, 2020, pp. 1-12.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coord.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 229-277.

GUERRERO PICO, María del Carmen, *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2006.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, volumen segundo: personas*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “Los derechos de la personalidad”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (I), Vol. 2º: Derecho de la persona*, Edisofer, Madrid, 2018, pp. 269-307.

MARTÍNEZ ROJAS, Ángela, “Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Núm. 42, 2016, pp. 59-88.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M./SANCHO LÓPEZ, Marina, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret* 1/2018 (www.indret.com).

MENÉNDEZ, Luis, “¿Qué son las 'cookies'?", *Escritura pública*, Núm. 82, 2013, pp. 16-18.

MIRANDA SERRANO, Luis María, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley*, Núm. 920, 2021, pp. 1-57.

NAVAS NAVARRO, Susana/CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

PALLARÉS PÉREZ-LUENGO, Olga, “¿Qué es el Principio Pro Consumatore?”, *legal today*, 14 de mayo 2014 (http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/que-es-el-principio-pro-consumatore).

PARRA LUCÁN, María Ángeles, “La donación”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II)*, Vol. 2º: *Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 81-106.

PLAZA PENADÉS, Javier, “Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal”, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 119-142.

ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María, “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”, *Revista de derecho mercantil*, Núm. 303, 2017, pp. 163-190.

SALGADO SEGUÍN, Víctor, “Intimidad, privacidad y honor en internet”, *TELOS*, Núm. 85, 2010, pp. 59-79.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Núm. 45, 2018, pp. 1-27.

SCHULZE, Reiner, “La protección de los consumidores en la contratación digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Núm. 58, 2018, pp. 683-701.

SPINDLER, Gerald, “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret* 3/2016 (www.indret.com).

YANGUAS GÓMEZ, Roberto, “El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio/ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coords.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 471-508.