

El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal

A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

Sumario

-
La Directiva (UE) 2019/770 introduce en el Derecho comunitario la posibilidad de ceder datos personales como contraprestación por el suministro de contenidos o servicios digitales, lo que implica el reto de compatibilizar la normativa reguladora del derecho a la protección de datos y el derecho contractual, partiendo de la preeminencia de la primera. En este sentido, el conflicto entre ambas disciplinas se revela fundamentalmente en dos aspectos: (i) la viabilidad de sostener la existencia misma de un contrato en el que la cesión de datos actúa como contraprestación y (ii) la influencia de la normativa de protección de datos sobre la perfección y las formas de extinción del contrato, así como el destino de los datos de carácter personal tras la revocación del consentimiento o la extinción del contrato.

Abstract

-
Directive (EU) 2019/770 introduces the possibility of transferring personal data as counter-performance for the provision of digital content or services into the European Union law, which implies the challenge of making the regulations governing the right to data protection and contract law compatible, based on the pre-eminence of the former. In this regard, the conflict between both disciplines is fundamentally revealed in two aspects: (i) the viability of sustaining the very existence of a contract in which the transfer of data acts as counter-performance and (ii) the influence of data protection regulations on the perfection and the forms of termination of the contract, as well as the destination of personal data after the revocation of consent or the termination of the contract.

Title: *The contractual framework for the transfer of personal data: Directive 2019/770 on contracts for the provision of digital content and services*

-
Palabras clave: Contratos, datos de carácter personal, contenido digital, servicio digital, contraprestación, consentimiento.

Keywords: *Contracts, personal data, digital content, digital service, counter-performance, consent.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.04

2.2024

Recepción
27/02/2024

-

Aceptación
09/04/2024

-

Índice

-

1. Marco legislativo

1.1. Régimen legal del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

1.2. El derecho a la protección de datos de carácter personal

2. La cesión de datos personales como contraprestación

2.1. El valor económico de los datos personales y su disponibilidad

2.2. Los supuestos excluidos de la aplicación de la Directiva 770/2019

2.3. Calificación jurídica

3. Incidencia de la normativa de protección de datos personales sobre la vida del contrato

3.1. Información precontractual y validez del consentimiento

a. Información precontractual

b. La validez del consentimiento contractual

3.2. Algunas cuestiones relativas a la extinción del contrato

a. El derecho de desistimiento

b. La revocación del consentimiento y el destino de los datos

c. Resolución del contrato

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

1. Marco legislativo

1.1. Régimen legal del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, «DCSD») nace con el propósito de introducir, en el ámbito de la legislación de consumo, una protección adaptada a las particularidades que presentan determinados bienes y servicios que se suministran, normalmente, a través de internet: los denominados «contenidos y servicios digitales».

La DCSD define como contenido digital «los datos producidos y suministrados en formato digital»; mientras que se entenderá por servicio digital, alternativamente, (i) «un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital» o (ii) «un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos». A efectos ilustrativos, el considerando 19 de la Directiva recoge las siguientes categorías de contenidos y servicios digitales:

La presente Directiva debe aplicarse, entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales 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. [...] No obstante, la presente Directiva no se debe aplicar a los servicios de acceso a internet.

Además, en consonancia con la amplia definición y la diversidad de los bienes y servicios que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, en el mismo párrafo se enuncia la indiferencia del instrumento empleado para facilitar el acceso a éstos, ya sea la transmisión en un soporte material, la descarga en un dispositivo, el acceso al uso de redes sociales o cualquier otro.

De acuerdo con lo anterior, el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales quedaría definido, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva, como «todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio».

Una de las principales novedades que introduce la Directiva se añade en el segundo párrafo del artículo citado, que completa la definición antes dada en los siguientes términos: «la presente Directiva también se aplicará cuando 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».

De esta manera, la DCSD (junto con su norma de transposición en nuestro derecho nacional, el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril) da entrada a nuestro ordenamiento jurídico a aquellos contratos¹, muy extendidos en los tiempos actuales, en los que el empresario se compromete a realizar una prestación a condición de que el consumidor ceda al mismo determinados datos de

¹ Sin perjuicio del empleo del término «contrato» a lo largo del trabajo para hacer referencia a esta figura, la calificación jurídica que se le deba atribuir (especialmente por lo que se refiere a la existencia de un vínculo contractual) resulta discutible, como se defenderá *infra* apartado 2.3.

carácter personal. Un ejemplo lo constituiría el de una red social que exige al usuario ceder² o permitir la recopilación de datos como su nombre completo, dirección de correo electrónico, el historial de búsqueda dentro de la red social o la localización desde la cual el consumidor hace uso de la aplicación, siempre que tales datos se vayan a emplear para fines distintos de los estrictamente necesarios para el funcionamiento de dicha red social o para cumplir obligaciones legales.

Se trata de una novedad a resaltar respecto al régimen anterior, teniendo en cuenta que tanto la Directiva 2011/83³ (que introdujo el contrato de suministro de contenidos digitales en nuestro sistema) como su norma de trasposición⁴ guardaron silencio acerca de la aplicación de este régimen de protección del consumidor a los contratos gratuitos. Esto generó dudas acerca de si los contratos «gratuitos» –de ser considerados así– en los que se condicionaba la ejecución del contrato a la cesión de datos personales del consumidor quedaban sujetos a la norma⁵.

Es cierto que, posteriormente, tales dudas fueron resueltas por la Comisión Europea en el sentido de entender aplicable la Directiva a los contratos sobre contenidos digitales, lo que se justificaba en que la definición de estos contratos –en sede de legislación comunitaria de consumo– no hacía referencia al pago de un precio por el consumidor, a diferencia de lo que sucedía con los contratos de compraventa y de prestación de servicios⁶. En cualquier caso, esta ampliación del ámbito de aplicación fue ciertamente limitada, pues la Comisión aclaraba inmediatamente que la Directiva no debía ser aplicada a los contenidos suministrados a través de internet sin la formalización de un contrato expreso⁷.

² El uso de expresiones como facilitar, suministrar o ceder datos personales debe entenderse, en adelante, sin perder de vista que lo que técnicamente ocurre es la autorización por el consumidor del tratamiento legítimo de sus datos personales (*vid. infra* 2.1).

³ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, «Directiva 2011/83»).

⁴ 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.

⁵ En este sentido, y crítico con el supuesto carácter gratuito de estos contratos, CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11, 2014, pp. 79-167, en particular, pp. 103-105. «Por lo demás, en un concepto amplio de onerosidad, debe tenerse en consideración que muchos de los contratos sobre contenidos digitales que se presentan en apariencia *como gratuitos, no lo son propiamente*, pues el consumidor o usuario cede a cambio sus *datos personales*, permite la observación de su comportamiento e interacción con el contenido digital (v. gr., en versiones beta o de prueba), consiente en recibir determinadas comunicaciones comerciales, etc. Esos datos y consentimientos tienen igualmente un valor comercial, que se traduce incluso en un valor pecuniario al traficar con ellos» (la cursiva es del autor).

⁶ Disponible en https://commission.europa.eu/system/files/2019-07/crd_guidance_en_0_updated_0.pdf (última consulta el 17/08/2023): «Furthermore, in view of the distinction drawn in recital 19, contracts for online digital content are subject to the Directive even if they do not involve the payment of a price by the consumer. Indeed, although the Directive, in Article 2(5) and (6), defines a 'sales contract' and a 'service contract' as contracts whereby the consumer pays or undertakes to pay a price, there is no provision regarding contracts for online digital content in the Directive that would make them subject to a similar requirement that the consumer pay a price».

⁷ «Including contracts for free online digital content considerably expands the scope of application of the Directive. However, since the Directive applies to 'contracts concluded between consumers and traders' (Article 1), it should not apply to online digital content provided by means of broadcasting of information on the internet without the express conclusion of a contract. In itself, access to a website or a download from a website should not be considered a 'contract' for the purposes of the Directive». En contra de este criterio, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, en particular, pp. 103-104.

De hecho, a la vista de lo anterior y de la exclusión de los contratos gratuitos del ámbito de aplicación de la DCSD (dado que solo resultará aplicable cuando el consumidor se comprometa a pagar un precio o ceder sus datos personales), es razonable pensar que esta interpretación de la Comisión Europea persiguiera evitar la desprotección del consumidor en los contratos por los que éste se comprometía a ceder sus datos personales a cambio de la prestación del empresario, al amparo de la regulación previa.

Finalmente, la Directiva 2019/2161 vino a modificar la Directiva 2011/83, con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de la segunda a los contratos por los que suministran contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, de modo que se unificaba el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y la DCSD en este sentido⁸.

En cualquier caso, la decisión de ampliar el ámbito de aplicación de la legislación de consumo a estos contratos resulta acertada en términos de protección del consumidor, si bien la articulación de estas reformas desde un punto de vista jurídico-técnico es ciertamente cuestionable, como se expondrá a lo largo del presente trabajo.

1.2. El derecho a la protección de datos de carácter personal

De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior, la consideración y funcionamiento en el mercado de los datos como una mercancía⁹ es una realidad reconocida por la DCSD, pero que lógicamente quedará limitada por la propia norma y, especialmente, por la normativa de protección de datos carácter personal.

La protección de los datos personales ha adquirido una importancia notable a nivel nacional e internacional y, particularmente, en la Unión Europea. En el ordenamiento español, el derecho a la protección de datos de carácter personal constituye un derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española, vinculado en nuestro sistema jurídico con el derecho a la intimidad personal y familiar; si bien debe señalarse que se le atribuye una cierta autonomía, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional¹⁰.

Actualmente, el grueso de la normativa relativa a la protección de datos personales se encuentra en el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo

⁸ Véase el considerando 32 de la Directiva 2019/2161: «debe garantizarse la coherencia entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE y la Directiva (UE) 2019/770, que se aplica a los contratos de suministro de contenido digital o servicios digitales en virtud de los cuales el consumidor proporciona o se compromete a proporcionar datos personales al comerciante».

⁹ Pese a que la categorización misma como «mercancía» es muy discutida, como se verá *infra*.

¹⁰ Por todas, véase STC (Pleno) 292/2000, de 30 de noviembre (BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001), F.J. 5º ss.: «en estas decisiones el Tribunal ya ha declarado que el art. 18.4 C.E. contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”, lo que se ha dado en llamar “libertad informática” (F.J. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F.J. 7, 11/1998, F.J. 4, 94/1998, F.J. 6, 202/1999, F.J. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona».

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/CE (en lo sucesivo, «RGPD»).

A su vez, esta norma se complementa en el Derecho español con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, «LOPD»).

Por supuesto, el RGPD resulta íntegramente aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, lo que hace previsible una colisión, en el marco del derecho europeo, entre dicha norma y la DCSD; e incluso entre el RGPD y el derecho civil (incluido el derecho de consumo) de los Estados miembros.

De la lectura de ambos textos legales se desprende que el cruce entre éstos es doble: por un lado, se encuentra la cuestión de si los datos pueden constituir contraprestación en el marco de un contrato (sea cual sea la calificación del mismo); y, por otro, deberá plantearse la incidencia de la normativa de protección de datos personales sobre la vida del mismo (v.gr. los deberes de información precontractual, el cumplimiento del contrato o la resolución y sus efectos).

En este sentido, si bien la DCSD trata de salvar las posibles contradicciones aclarando que «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» (considerando 37), la doctrina ha señalado la insuficiencia de tal declaración para disipar las dudas existentes en torno a estas cuestiones.

Precisamente, el objetivo de este estudio es exponer los problemas que se plantean a la luz de la reciente DCSD y del RGPD (supuesta la preeminencia de este último) por lo que se refiere a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en los casos en los que la prestación a cargo del consumidor la constituye exclusivamente la cesión de datos de carácter personal.

2. La cesión de datos personales como contraprestación

2.1. El valor económico de los datos personales y su disponibilidad

A la hora de plasmar la importancia de los datos en cifras económicas, deben advertirse las dificultades que se presentan al tratar de atribuirles un valor monetario, pues el rendimiento económico que proporcionan dependerá de la cantidad y calidad de los datos, así como de su procesamiento¹¹.

A efectos ilustrativos, y sin perjuicio de lo advertido en el párrafo anterior, la Comisión Europea¹² maneja, entre otras, las siguientes estimaciones para el año 2025: (i) un aumento del 530% en el volumen mundial de los datos respecto al año 2018, (ii) un valor de la economía de

¹¹ UNCTAD. *Informe sobre la economía digital 2021. Flujos de datos transfronterizos y desarrollo: Para quién fluyen los datos*, Ginebra, 2021. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_es_0.pdf (última consulta el 05/09/2023).

¹² Datos disponibles en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es (última consulta el 29/09/2023).

los datos de 829.000 millones de euros en la Unión Europea –frente a 301.000 millones en 2018–, y (iii) un total de 10,9 millones de profesionales de los datos también en la Unión, que en 2018 eran 5,7 millones.

Dejando a un lado esta realidad, el análisis de la disponibilidad de los datos personales parte de la consideración de éstos como un derecho fundamental y de la personalidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española, lo cual, en opinión de algunos autores, implicaría su condición de *res extra commercium*¹³. A este obstáculo de carácter radical debe añadirse, además, el difícil encaje dogmático del reconocimiento de un derecho de propiedad sobre los mismos¹⁴.

No obstante, el carácter de derecho fundamental de los datos y la dificultad de establecer un derecho de propiedad sobre ellos no debe constituir un obstáculo al reconocimiento de un margen de explotación de este derecho a limitar el acceso a los propios datos en su dimensión económica. A estos efectos, suele hacerse referencia al precedente que representan otros derechos relacionados con la intimidad personal y la propia imagen, a los que se suele atribuir una vertiente moral y otra vertiente o dimensión económica, distinguida de su faceta de derecho fundamental y respecto de la cual (ésta última) se atribuye un poder de mercantilización sujeto a ciertos límites, todo ello en aras de tutelar un interés económico legítimo de su titular¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, los datos personales no pueden ser considerados una contraprestación en sí mismos. Por el contrario, en esta clase de contratos la prestación a cargo del consumidor deberá identificarse con la autorización de su uso o tratamiento (conforme a lo que se expone a continuación), sin que esté claro que ello implique una atribución de propiedad sobre los datos a su titular, y mucho menos la existencia de un derecho real en favor de otro sujeto¹⁶.

Debe advertirse al respecto que, pese a que de la literalidad de su denominación pudiera desprenderse otra cosa, el derecho a la protección de datos no constituye un mandato a las instituciones para proteger la privacidad de todo elemento al que pueda atribuirse la –amplia– categoría de dato personal; por el contrario, y de manera similar a lo que sucede con el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de datos significa la libertad de la persona para

¹³ 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.

¹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación» en GONZÁLEZ PACANOWSKA (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618, en particular pp. 570-573.

¹⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2018, pp. 5-6; en el mismo sentido, examinando la evolución jurisprudencial del derecho a la protección de datos en conexión con el derecho a la intimidad, y haciendo referencia a esta dimensión «subjética», susceptible de disposición por el titular de los derechos, *vid.* POLO ROCA, «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de derecho político*, n.º 108, 2020, pp. 165-194, en especial pp. 170-179.

¹⁶ Como se verá *infra*, resulta de hecho discutible que el contrato sea el paraguas adecuado para reconocer jurídicamente la posibilidad de dar un uso económico a los datos, al menos, de acuerdo con el vigente RGPD.

restringir o para autorizar, dentro de los límites de ejercicio del derecho, el tratamiento de sus datos personales¹⁷.

Por este mismo motivo, resultaría más descriptivo emplear la –menos popular, aunque más precisa– denominación de «derecho a la autodeterminación informativa». Esta concepción del derecho a la protección de los datos de carácter personal es, precisamente, la que debería amparar la libertad del titular de los datos para autorizar el acceso a los mismos por terceros, proveyendo a éste de las garantías debidas y dentro de los límites razonables que al respecto se considere oportuno establecer.

Las instituciones europeas no parecen admitir claramente la disponibilidad de los datos personales en su dimensión económica o subjetiva. Basta advertir la intencionada elusión del término «contraprestación» o el rechazo expreso que se recoge al respecto en el considerando 24 de la DCSD: «al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos 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».

En cuanto a esto último, esta afirmación acoge dos posibles interpretaciones: o bien la Directiva presenta un elevado interés en aclarar que los datos personales están en sí mismos excluidos del comercio, aunque se permita un margen de disponibilidad para su aprovechamiento económico por el titular de los mismos; o bien, por el contrario, se quiere excluir la posibilidad de concluir cualquier negocio jurídico oneroso sobre los datos personales, pero ampliando a estos contratos el régimen de la falta de conformidad y otras garantías propias de la legislación de consumo¹⁸.

La redacción definitiva de la DCSD, aunque pueda calificarse como ciertamente prudente, ha sido criticada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre el paquete legislativo «Un nuevo marco para los consumidores»¹⁹. En este dictamen, el Supervisor estimó que el carácter de derecho fundamental de la protección de datos personales no admite su tratamiento como «mero activo económico».

¹⁷ En este mismo sentido, ADSUARA VARELA emplea un paralelismo con la libertad (física) sexual. Igual que la protección de la libertad sexual no implica una imposición de castidad por los poderes públicos, la protección de datos no debe entenderse como una prohibición a que los particulares autoricen, si quieren, el tratamiento de sus datos. La libertad está, así, en decidir los límites del acceso por terceros a estos derechos de la personalidad. Contenido disponible en <https://mastersofprivacy.com/es/borja-adsuara-los-datos-no-son-una-propiedad/> (última consulta el 08/09/2023).

¹⁸ A favor de esta última interpretación, más probable a la vista de la opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, 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*, n.º 61, 2019, pp. 29-65, en particular pp. 46-48.

¹⁹ Resumen en castellano disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.C.2018.432.01.0017.01.SPA>. Texto completo en inglés disponible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf. Consultados por última vez el 13/09/2023.

Debe tenerse en cuenta que la Comisión ya había aceptado excluir el uso del término «contraprestación» a estos efectos, de conformidad con las opiniones vertidas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen 4/2017 anterior, durante el proceso de tramitación de la Directiva²⁰.

En definitiva, el Supervisor proponía la supresión de cualquier referencia a la cesión de datos personales como una forma de pago. En su lugar, sugería (aportando ejemplos de otras normativas, como la definición de servicio en la Directiva 2000/31/EC²¹) que la DCSD se declarase aplicable a los contratos por los que el empresario se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales «independientemente de si a estos se les requiere su pago».

A pesar de todo ello, el Supervisor Europeo de Protección de Datos no desconoce que los datos se emplean, de hecho, como moneda de cambio en el mercado. Sin embargo, afirma que el hecho de que exista un mercado de los datos no implica que se deba dar cobertura legislativa al mismo, comparando esta situación, incluso, con la del tráfico ilegal de órganos²².

En definitiva, las instituciones europeas (especialmente, como se ha podido constatar, el Supervisor Europeo de Protección de Datos) parecen asumir en este asunto una postura extremadamente cautelosa ante la posibilidad de celebrar contratos onerosos sobre los datos de carácter personal, así como sobre la consideración de éstos como contraprestación en el ámbito de tales contratos.

Esta postura ha sido acogida aparentemente por el legislador español, al recoger en la exposición de motivos de la norma de transposición²³ de la DCSD que «esta modalidad, cada vez más habitual en el mercado digital, debe tener en cuenta que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse mercancía y su tratamiento debe cumplir las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679»²⁴.

²⁰ Este documento se encuentra disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (última consulta el 13/09/2023).

²¹ 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 (Directiva sobre el comercio electrónico).

²² Discurso dirigido hacia el Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el marco del grupo de trabajo sobre la Propuesta de Directiva sobre Contenidos Digitales: «So, even if some people treat personal data as commodity, under EU law it cannot be a commodity. There might well be market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs. But that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. EU primary law does not allow it». Discurso completo disponible en https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-01-12_digital_content_directive_sd_en.pdf (última consulta el 13/09/2023).

²³ 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.

²⁴ No obstante, véase el uso del término «contraprestación» en el artículo 119 ter.2 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril: «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».

Sin perjuicio de todo lo expuesto, no parece que la política de la Unión Europea en este punto vaya a pasar por impedir la explotación mercantil de los datos en la práctica, atendiendo al interés de la Comisión Europea por crear un «mercado único de datos»²⁵. En cualquier caso, no puede obviarse la importancia económica de los datos en el tráfico económico, independientemente de las intenciones de las instituciones europeas.

Consecuentemente, el deber de los legisladores europeos y nacionales es dotar a la cuestión de seguridad jurídica, perfilando el alcance del poder de actuación patrimonial del particular sobre sus datos²⁶ y estableciendo, además, los límites impuestos por el respeto a la intimidad en el tratamiento por parte de terceros.

En cuanto a la doctrina, si bien existe una conformidad mayoritaria con la atribución a los particulares de un poder de disposición limitado sobre los datos, así como con la calificación de los datos de carácter personal como una posible prestación contractual, el concreto régimen jurídico aplicable a esta figura es muy discutido, como se verá *infra* 2.3 y 3.

2.2. Los supuestos excluidos de la aplicación de la Directiva 770/2019

Si bien se parte de la aplicación de la DCSD a aquellos contratos 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» (art. 3.1 DCSD), la Directiva excluye de su ámbito de aplicación determinados negocios jurídicos en los que los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de la cesión de datos de carácter personal. Dado que el examen de estas exclusiones resulta relevante a efectos de determinar el alcance de la protección suministrada a los consumidores por esta normativa, procede realizar una breve exposición sobre la pertinencia de las mismas.

Con carácter previo, resulta pertinente mencionar que durante la tramitación legislativa de la Directiva se suprimió el requisito de que los datos fueran facilitados «activamente» por el usuario, que figuraba en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (en adelante, «PDCSD») y que fue objeto de duras críticas²⁷. Se trata de una cuestión interpretativa importante,

²⁵ Al respecto, de acuerdo con la Comisión Europea, la «Estrategia Europea de Datos» tiene como propósito «convertir a la Unión en líder de una sociedad dirigida por los datos», de modo que «la creación de un mercado único de datos permitirá que estos fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas». Disponible en: <https://europa.eu/!rCMg74> (última consulta el 04/10/2023). En este sentido, el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos); y el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos o *Data Act*) constituyen dos instrumentos normativos clave en la creación de este mercado único o interior europeo de datos.

²⁶ En este mismo sentido, PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación», *op. cit.*, pp. 573-575.

²⁷ Al respecto, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en CAPILLA RONCERO/LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA/MURGA FERNÁNDEZ (Dir.), *Derecho Digital: Retos y cuestiones actuales* (versión electrónica), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 19-55.

teniendo en cuenta que dicha supresión implica incluir en el ámbito de aplicación de la norma la recolección de datos meramente pasiva.

En otro orden de cosas, la DCSD no será aplicable a aquellas «situaciones» en las que, no existiendo precio, el acceso a los datos personales tenga como fin exclusivo la prestación del servicio o el suministro del contenido en cuestión, o el cumplimiento de los requisitos legales a estos efectos (cdo. 25 y art. 3.1 DCSD). En estos casos no existe un interés económico por parte del empresario, dado que el tratamiento de los datos obedece, en teoría, a una causa técnica o legal. Cuestión distinta es la dificultad que presenta para el consumidor determinar cuáles son los datos estrictamente necesarios para la ejecución de la prestación por el empresario²⁸.

Como ejemplo de tales situaciones, se hace referencia en el considerando 25 a «aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación». Otro ejemplo sería el procesamiento de solicitudes de voz del usuario para la ejecución de instrucciones, o el registro de la ubicación a tiempo real por una aplicación de cálculo de rutas.

En la práctica, en la mayoría de ocasiones las aplicaciones gratuitas accederán o registrarán estos datos para su utilización con fines distintos de los meramente «funcionales»: un ejemplo lo constituye el conocido navegador *Waze*, que emplea a efectos de segmentación publicitaria (para mostrar anuncios de terceros anunciantes) no solo la ubicación de origen o de destino, sino también las direcciones guardadas como «casa» o «trabajo»²⁹. Por este mismo motivo, la DCSD exige que el cumplimiento de los requisitos legales o la adecuada realización de la prestación se presenten como fin único del tratamiento, excluyéndose especialmente los usos comerciales.

Cabe señalar que, de acuerdo con la normativa de protección de datos personales, en estos supuestos de necesidad de los datos para la ejecución de la prestación ni siquiera sería exigible un consentimiento expreso a la cesión de datos, teniendo en cuenta que la legitimidad del tratamiento se deriva *ex lege* de los apartados b) y c) del artículo 6.1 del RGPD.

En relación con lo anterior, debe recordarse que el artículo la LOPD (artículo 9.1) se acoge al margen regulatorio dado por el RGPD³⁰ en el sentido de impedir que el consentimiento del interesado pueda «levantar» la prohibición de tratar algunas³¹ de las llamadas «categorías especiales de datos», esto es, aquellos relativos al origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud (incluyendo los datos biométricos que permiten identificar a una persona) u orientación sexual. En consecuencia,

²⁸ BEDIR, «Contract law in the Age of Big Data», *Tilburg Private Law Working Paper Series*, n.º 4, 2020, pp. 6-7. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3697868 (última consulta el 23/11/2023).

²⁹ Puede consultarse la política de privacidad de esta compañía en: <https://www.waze.com/es/legal/privacy/> (última consulta el 02/10/2023).

³⁰ *Vid.* art. 9.2.a) RGPD.

³¹ Debe destacarse que no se incluyen todas las «categorías especiales de datos» o «datos especialmente protegidos». De hecho, algunos supuestos son dudosos, como la referencia a los datos relativos a la «orientación sexual», que en principio no parecen incluir todos los relativos a la vida sexual. Al respecto, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159, en particular pp. 101-106.

parece que la DCSD no sería aplicable al tratamiento de algunas de estas categorías de datos, pues su tratamiento en nuestro derecho no podría tener lugar con base únicamente en el consentimiento del interesado.

Por otro lado, tampoco se aplicará la DCSD a situaciones en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. Se trata de un supuesto no relacionado con la cesión de datos personales, pero cuya exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva resulta también discutible tomando en consideración el alto valor de este tipo de publicidad³², que asegura un grado de atención considerable por el consumidor y una efectividad elevada cuando va unida a técnicas de segmentación publicitaria.

Por último, la DCSD establece que tampoco habrá contrato cuando se recolecten el historial de navegación o metadatos, tales como la información sobre el dispositivo del consumidor³³; no obstante, ello será siempre que éstos no vengan vinculados a la identidad de una concreta persona, pues en este caso serán considerados datos personales a efectos de la normativa de protección de datos³⁴.

En cuanto a estas categorías excluidas, la DCSD abre la puerta a que los Estados miembros apliquen este mismo régimen o establezcan uno distinto para tales situaciones³⁵, posibilidad de la que, por el momento, no se ha servido el legislador español³⁶.

2.3. Calificación jurídica

El texto de la DCSD no se posiciona de manera clara en cuanto a la atribución de la categoría de contrato a la concurrencia de voluntades que implica el compromiso de ceder datos personales a cambio de contenidos o servicios digitales. Sin embargo, una buena parte de la doctrina (y más específicamente, de los autores citados en este trabajo) parte de esta consideración.

Si bien el Código Civil no contiene una definición legal de contrato, sus elementos mínimos pueden inferirse de algunos preceptos del mismo. En particular, resulta imprescindible atender a la existencia de un cruce de consentimientos (art. 1.254 Cc) dirigido a crear obligaciones entre los sujetos que los prestan (arts. 1.089 y 1.091 Cc)³⁷.

³² 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: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 24-25.

³³ Considerando 25 DCSD.

³⁴ CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea ¿navegar es contratar (servicios digitales "gratuitos")?», *Estudios de derecho contractual europeo*, 2022, pp. 331-405, en especial p. 347.

³⁵ Considerando 25 de la DCSD.

³⁶ Véase el artículo 59.4 del 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 (en adelante, «TRLGDCU») en su redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que se limita a recoger las exclusiones de la DCSD.

³⁷ Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), *Derecho Civil (II)*, v.1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, 5ª edición, Edisofer, Madrid, 2018, pp. 307-332, en especial p. 307.

Debe tenerse en cuenta que no todo acuerdo de voluntades implica la existencia de un contrato; al contrario, el derecho da forma a otras instituciones jurídicas nacidas de un acuerdo de voluntades y a las que no resulta aplicable el régimen previsto para el incumplimiento de obligaciones contractuales. Ejemplos de tales acuerdos de voluntades son la promesa de matrimonio, prevista en los artículos 42 y 43 del Código Civil; el matrimonio mismo –del que indiscutiblemente nacen vínculos jurídicos, pero distintos de los contractuales–; o los convenios colectivos, sometidos a un régimen propio establecido en la legislación laboral.

En el caso del denominado contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales, es evidente que existe un acuerdo de voluntades; pero no lo es que la prestación a cargo del consumidor pueda encajar en la categoría de obligación, teniendo en cuenta que al titular de los datos se le atribuye el derecho a «salir» del contrato libremente y en cualquier momento revocando su consentimiento (art. 7.3 RGPD, véase *infra* 3.2.b).

Lo anterior impide que se pueda hablar de la existencia de una obligación y, por supuesto, la nulidad del contrato *ex* artículo 1.256 del Código Civil, pues supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del titular de los datos de carácter personal³⁸.

El otro motivo para discutir la naturaleza contractual de este tipo de acuerdo tiene que ver precisamente con otra de las notas definitorias del contrato, cual es la concurrencia de consentimientos respecto de los elementos objetivos del mismo, pues la contratación en entornos digitales implica que se den situaciones en las que es difícil determinar cuándo se ha manifestado verdaderamente y de manera suficiente el consentimiento.

Así, la aplicación de la DCSD será dudosa en algunos casos por razón del modo en que se ha prestado el consentimiento. Se trata de aquellos supuestos en los que el usuario desarrolla conductas en las que no existe un evidente concurso entre oferta y aceptación, como la reproducción de videos, lectura de blogs o el empleo de buscadores. Si bien el ya aludido requisito presente en la PDCSD de que el consumidor facilitase los datos «activamente» había llevado a la doctrina mayoritaria a entender que, por ejemplo, las *cookies* se encontraban excluidas de su ámbito de aplicación, incluso cuando fueran aceptadas expresamente³⁹, la supresión de este término ha introducido ciertas dudas al respecto.

³⁸ CARRASCO PERERA, «Resolución de contrato pagado con datos personales como precio», *Centro de Estudios de Consumo*, 2022. Disponible en:

https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Resoluci%C3%B3n_de_contrato_pagado_con_datos_personales_como_precio.pdf (última consulta el 2 de noviembre de 2023).

³⁹ Así, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad...», pp. 22-24; TORRUBIA CHALMETA, «Mercado único digital y concepto de consumidor», *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, n.º 22, 2015, pp. 19-29, en particular p. 23. En contra: BEALE, «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment: in depth analysis», *Publications Office of the European Union*, 2015, p. 13.

En consecuencia, la contratación digital abre la puerta, *a priori*, a formas de prestación del consentimiento mediante las cuales el consumidor puede ser menos consciente de estar cediendo sus datos, y, por supuesto, de los pormenores de dicha cesión⁴⁰.

Es más, incluso en los casos en los que el consumidor acepta expresamente el acceso a sus datos (ya sea de manera activa o pasiva), es frecuente el empleo de fórmulas que obvian absolutamente el hecho de estar celebrando un contrato sobre los propios datos: un ejemplo de ello es la comunicación, durante el registro en una red social, de que dicho ingreso supone la aceptación de su política de privacidad, lo que probablemente sea contrario tanto a la normativa de protección de datos como a la legislación de consumo⁴¹ (v. *infra* 3.1).

Una cuestión fundamental, entonces, para determinar el alcance protector de la Directiva, reside en la identificación de aquellos supuestos de los que puede inferirse la existencia de un verdadero contrato. No obstante, salvo armonización europea posterior, esto deberá ser resuelto por cada ordenamiento nacional, pues así lo determinan los considerandos 12 y 24 de la DCSD⁴².

En definitiva, es difícil defender que en estos supuestos exista un contrato (al menos, de acuerdo con el sistema civil español y sin realizar ciertas adaptaciones): es seguro que existe un cruce de voluntades por el que el consumidor autoriza el acceso y tratamiento de sus datos para disfrutar de un contenido o servicio mientras consienta dicha actividad; pero sin duda es menos clara la calificación jurídica que deba darse a esa concurrencia de voluntades. No obstante, y salvo posteriores reformas legislativos, parece que la solución asumida pasa por acudir a esta categoría de conformidad con lo previsto en la DCSD.

Del examen de la DCSD se desprende que a este supuesto contrato se le debe atribuir el carácter de sinalagmático, al menos, a los efectos de aplicar las normas de derecho de consumo previstas en la Directiva⁴³. Se produce, entonces, la anomalía de que la Directiva reconoce (o parece reconocer) la existencia de un contrato, que se deduce además que es sinalagmático; pero en el que, sin embargo, existe una única prestación contractual (v. *supra* 2.1).

Esta decisión legislativa, presumiblemente justificada (como ya se ha comentado) simplemente por eludir la conceptualización de los datos personales como un «mero activo económico», probablemente sea prudente a fin de evitar la traslación automática de las normas

⁴⁰ En cualquier caso, no debe perderse de vista que, desde el punto de la normativa de protección de datos, el consentimiento deberá superar los «filtros» establecidos por ésta, partiendo además de la proscripción del consentimiento tácito (v. *infra*).

⁴¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales» en *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA/PLANA ARNALDOS (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 221-270, en especial pp. 252-255.

⁴² Sobre este particular, y abogando por una regulación armonizada a nivel europeo, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento...», *op. cit.*, en especial pp. 345-350.

⁴³ Léase la definición del contrato en el artículo 3.1 DCSD, que se formula en idénticos términos a los de la definición del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de un precio; en el mismo sentido, PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación» *op. cit.*, pp. 583-584.

de derecho contractual⁴⁴; no obstante, podría dar lugar a interpretaciones perjudiciales por lo que respecta a la protección del consumidor⁴⁵.

Por otro lado, muy en conexión con la cuestión de la sinalgmaticidad del contrato⁴⁶, se encuentra la de su onerosidad, que no quedó resuelta al amparo de la legislación anterior⁴⁷ y que dista también tener una respuesta clara a la vista de la Directiva.

En principio, el innegable valor comercial que presentan los datos en nuestra economía actual explica lo contraintuitivo de conceptuar los contratos en los que se prevé su cesión (especialmente a cambio de un servicio o contenido digital) como contratos gratuitos.

Así, partiendo de la voluntad de las partes al suscribir el contrato e, incluso, recurriendo al concepto de causa contractual en nuestro Código Civil (art. 1.274)⁴⁸, resulta mucho más razonable pensar que la causa de la obligación asumida por el empresario sea «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» como es propio de los contratos onerosos, frente al ánimo de liberalidad presente en los contratos gratuitos.

Baste pensar que, de no ser por la posibilidad de obtener los datos del consumidor mediante su consentimiento, los contenidos o servicios digitalmente suministrados lo serían a cambio de un precio en dinero o la colocación de publicidad, pues resultaría ingenuo en la mayoría de los casos apreciar la existencia de ánimo de liberalidad en el sujeto que suministra dichos contenidos o servicios⁴⁹.

De este modo, la onerosidad del contrato se revela atendiendo al intercambio de intereses que necesariamente implican los contratos onerosos y la interdependencia entre sus prestaciones, características concurrentes en estos contratos, salvando la reticencia de las instituciones europeas a calificar la cesión de datos personales como una prestación contractual.

De otro lado, teniendo en cuenta el ya señalado carácter sinalgmático del contrato, cabe destacar que los contratos de tal categoría se caracterizan por presentar la condición de natural

⁴⁴ Incompatibles con el actual régimen presente en el RGPD, como se verá *infra*, destacadamente en lo relativo al consentimiento y su revocabilidad.

⁴⁵ PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación» *op. cit.*, pp. 584-587.

⁴⁶ Debe recordarse que no existe una coincidencia exacta entre la caracterización de un contrato como «sinalgmático» y «oneroso». El análisis de estas dos clasificaciones por separado cobra sentido, especialmente, teniendo en cuenta lo extraño de aseverar que se produce un intercambio de prestaciones cuando la cesión de datos personales no puede considerarse prestación, a pesar de su indudable valor en el mercado. Sobre esta distinción doctrinal, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 329-331.

⁴⁷ Véase *supra* apartado 1.1.

⁴⁸ Sobre la relación entre el concepto de causa y la onerosidad del contrato, a propósito de este mismo asunto, *vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, y SANCHO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ ARROYO I AMAYUELAS «La transformación digital de los contratos de consumo en España» en *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA/PLANA ARNALDOS (Dir.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 23-62, en especial pp. 33-35.

o necesariamente onerosos, esto es, por «conllevar estructuralmente en modo necesario sacrificios para ambas partes»⁵⁰.

3. Incidencia de la normativa de protección de datos personales sobre la vida del contrato

3.1. Información precontractual y validez del consentimiento

a. Información precontractual

Una de las piedras angulares de la legislación de consumo son los deberes de información establecidos a cargo del empresario y a favor del consumidor, tanto previos como coetáneos a la celebración del contrato.

Esta información precontractual tiene como propósito, fundamentalmente, reducir las asimetrías informativas en la relación consumidor-empresario con respecto a los bienes o servicios objeto de contrato, así como asegurar que el consumidor conoce o ha tenido la oportunidad de conocer aspectos relevantes de la relación contractual cuyo entendimiento es imprescindible para la formación de una voluntad suficientemente informada. En este sentido, el artículo 60.1 del TRLGCU prescribe para el empresario el deber de facilitar al consumidor «de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

En cuanto a lo que deba entenderse por información «relevante» sobre las características del contrato, el artículo 60.2.c) dispone que será relevante, en todo caso, «el precio total, incluidos impuestos y tasas», a lo que se añade que «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».

Este precepto encuentra su equivalente en materia de contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento mercantil (entrando en esta categoría, en la práctica, la gran mayoría de los contratos sobre suministro de contenidos y servicios digitales) en el artículo 97.1.e), que se formula en términos casi idénticos.

Resulta evidente la complejidad de verificar el cumplimiento de este requisito de información precontractual con los contratos en los que no existe «precio», sino que la prestación es distinta del pago en dinero, y más aún cuando ésta consiste en la cesión de una cantidad indeterminada de datos de carácter personal.

⁵⁰ GALICIA AIZPURUA, «Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código Civil español», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 26, 2018, pp. 142-175, en especial p. 161.

No parece una solución a efectos del cumplimiento de este concreto deber de información precontractual la comunicación al consumidor del valor de su prestación en dinero, pues debe repararse de nuevo en que, normalmente, ni siquiera el empresario será capaz de atribuir un valor económico específico a los datos personales considerados de manera no agregada y por referencia a su titular (como ya se dijo *supra* 2.1).

Lo anterior resulta para el consumidor en una elevada dificultad para valorar adecuadamente la equivalencia entre las prestaciones, lo que justifica la exigencia de un elevado nivel de transparencia en relación con los detalles de su prestación. Como es evidente, será difícil para el usuario ser consciente del grado de intimidad que está sacrificando a consecuencia del contrato si no conoce con exactitud las categorías de datos que está cediendo o el uso concreto que el empresario va a dar a los mismos⁵¹.

Al respecto, conviene hacer referencia al principio de transparencia enunciado en el artículo 5 del RGPD y que, de acuerdo con el considerando 39 de esta misma norma, «exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro». A continuación se recoge, para mayor concreción, que este principio «se refiere a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas».

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la legislación de consumo no prevé una consecuencia genérica a la infracción de los deberes de información precontractual, más allá de los remedios específicos para determinadas omisiones (como la relativa a la existencia de gastos adicionales al precio, o la que se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento, en los casos en que proceda).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la posibilidad de acudir, cuando resulte aplicable – que será el supuesto más frecuente en el caso de contratos celebrados en la red –, al régimen de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. En consecuencia, el contrato deberá pasar los filtros que prevé la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, «LCGC») junto con el TRLGDCU.

Como ejemplo en la práctica de incumplimiento de tales requisitos de transparencia en relación con la cesión de datos de carácter personal, y que no resultaría difícil de encontrar en el tráfico, se ha señalado el de la falta de información al consumidor en el contrato sobre el hecho de que dicha cesión de datos va a operar como contraprestación contractual⁵² (incluso, ya se ha comentado, del mismo hecho de estar celebrando un contrato).

⁵¹ MARTÍNEZ CALVO, «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2021, pp. 110-111.

⁵² MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad...», *op. cit.*, pp. 12-14; DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica...», *op. cit.*, en particular pp. 57-59.

Se debe tener presente, al respecto, que la LCGC prevé la nulidad de pleno derecho de las condiciones incorporadas «de modo no transparente» (art. 5.5 LCGC). Por lo tanto, la falta de transparencia que se proyecte sobre la cesión de datos de carácter personal –elemento esencial del contrato– debería conllevar la nulidad total de la relación contractual.

Por lo demás, en el plano del Derecho privado –y sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan–, una vez agotado el plazo previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento (de nuevo, en aquellos casos en los que este derecho no esté excluido de conformidad con el TRLGDCU), el consumidor podrá recurrir a las acciones del Código Civil para anular el contrato por error o (en los casos más graves) dolo⁵³ –así como, cuando sea pertinente, a los remedios previstos en la LCGC–.

En cualquier caso, debe advertirse que la ampliación del derecho de desistimiento en los casos en que no se hubiera facilitado al consumidor una determinada información precontractual tampoco resultaría interesante a la vista del actual RGPD. Como se verá *infra* (3.2), el derecho de desistimiento queda en un segundo plano al existir el derecho a revocar el consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales.

b. La validez del consentimiento contractual

i. Consentimiento lícito para el tratamiento de datos personales

El consentimiento constituye no solo uno de los elementos esenciales para la válida celebración de todo contrato, sino la causa última de su existencia⁵⁴. A su vez, éste reviste una importancia fundamental para determinar la licitud del tratamiento de datos personales⁵⁵. Sin embargo, los caracteres de uno y otro son distintos: por ejemplo, el consentimiento para el tratamiento de datos personales nunca será tácito, a diferencia del consentimiento contractual.

En cuanto al consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal, la DCSD efectúa en su considerando 38 una remisión total al RGPD, no solo para declarar que el consentimiento constituye un factor legitimador del tratamiento de datos personales cuando éste haya sido prestado conforme al mismo (de conformidad con el RGPD art. 6.1.a), sino también para determinar la validez de dicho consentimiento.

En consecuencia, cabe apreciar la existencia de dos tipos de consentimiento diferenciados en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales: (i)

⁵³ RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 60» CAÑIZARES LASO/ZUMAQUERO GIL, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 877-886, en especial pp. 885-886.

⁵⁴ Vid. DE PABLO CONTRERAS, «Requisitos del contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), *Derecho Civil (II)*, v.1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, 5ª edición, Edisofer, 2018, pp. 335-369, en particular pp. 336-337: «De acuerdo con la tradición en la que se inserta, nuestro Código Civil valora la voluntad de las partes –el consentimiento que requiere, como esencial, el art. 1.261.1º– como la *causa eficiente* o razón última que explica los efectos preceptivos y vinculantes que, para ellas, tiene el contrato» (la cursiva es del autor).

⁵⁵ A este respecto, el cdo. 40 RGPD advierte que «para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho».

el consentimiento puramente contractual, que se regirá por el Código Civil y demás legislación civil o de consumo que resulte de aplicación, y (ii) el consentimiento a efectos del tratamiento de datos personales, que deberá cumplir con la normativa de protección de datos de carácter personal.

No obstante lo anterior, se ha señalado⁵⁶ que, en estos contratos, la ilicitud del consentimiento desde el punto de vista del RGPD probablemente tendrá como consecuencia su ineficacia a efectos contractuales⁵⁷. Ello se deduce de que no se habría prestado un consentimiento válido sobre una de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, esto es, la cesión de datos de carácter personal, que reviste la cualidad de elemento esencial.

Pues bien, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, de acuerdo con el vigente RGPD –artículo 4–, debe ser (1) libre, (2) específico, (3) informado, y (4) inequívoco⁵⁸, otorgado a través de una acción afirmativa clara.

Como ya se ha advertido, una consecuencia de lo anterior en relación con los contratos regulados en la DCSD es que exigir un consentimiento inequívoco implica excluir el consentimiento prestado de manera tácita, sin perjuicio de las diversas formas que el consentimiento expreso pueda adoptar en la contratación digital⁵⁹.

Reviste también especial importancia, en relación con los contratos que implican la cesión de datos de carácter personal, el requisito relativo a la libertad del consentimiento prestado. En particular, resulta obligada la referencia al artículo 7.4 RGPD, que dispone que «al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, 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

⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento...», *op. cit.*, en especial p. 384.

⁵⁷ Sin embargo, GARCÍA PÉREZ, «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, n.º1, 2020, pp. 875-907, en especial p. 897 considera que la ilicitud del consentimiento no debería proyectarse sobre la validez del contrato, puesto que esto privaría al consumidor de los remedios contractuales previstos en la legislación de consumo.

⁵⁸ La constancia de la voluntad inequívoca de contratar no constituye una imposición exclusiva de la normativa de protección de datos, sino que resulta exigible para todos los contratos con consumidores (artículo 62.1 TRLGDCU).

⁵⁹ *Vid.* MARTÍNEZ ROJAS, «Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 42, 2016, pp. 59-82, en particular pp. 74-76, que recuerda que el considerando 32 del RGPD admite como acción afirmativa la selección de una casilla en un sitio web, siempre que no venga ya marcada. Señala, asimismo, la diferencia sustancial con el régimen anterior derivado 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 datos, que admitía el consentimiento tácito a estos efectos –salvo para las categorías especiales de datos o datos especialmente protegidos–.

supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato»⁶⁰.

En el mismo sentido, las Directrices 5/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos, sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, recogen lo siguiente:

El artículo 7, apartado 4, indica que, entre otras cosas, vincular el consentimiento a la aceptación de los términos y condiciones o supeditar el cumplimiento de un contrato o la prestación de un servicio a una solicitud de consentimiento para el tratamiento de datos personales que no son necesarios para la realización de dicho contrato o servicio, resulta muy inapropiado. Si el consentimiento se ha dado en estas circunstancias, se presume que no se ha dado libremente (considerando 43). El artículo 7, apartado 4, pretende garantizar que el tratamiento de los datos personales no se camufle o se vincule a la prestación de un contrato o servicio para el cual dichos datos personales no son necesarios. De este modo, el RGPD garantiza que el tratamiento de los datos para los que se ha solicitado consentimiento no se convierta directa o indirectamente en una contraprestación de un contrato. Las dos bases jurídicas para el tratamiento lícito de datos personales, a saber, el consentimiento y el contrato no pueden fusionarse o difuminarse.

De conformidad con lo anterior, parece que el Comité Europeo de Protección de Datos opta por una interpretación extensiva del artículo 7.4 del RGPD (y ciertamente coherente con sus considerandos 42 y 43), en el sentido de considerar que, en todo contrato en que se supedite la ejecución por el empresario a que el usuario consienta el tratamiento de sus datos, el consentimiento del consumidor no podrá ser calificado como libre. Una interpretación semejante puede deducirse del artículo 6.3 LOPD al establecer 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».

ii. Nuevos modelos para asegurar un consentimiento libre

Cabe mencionar al hilo de esta cuestión que, en la actualidad, algunas de las autoridades nacionales de protección de datos comienzan a admitir el modelo consistente en ofrecer una alternativa de pago para acceder a los contenidos o servicios sin ceder datos personales no necesarios para la prestación de los mismos (lo que se conoce como *cookie paywall* o *consent-or-pay* en el ámbito de las *cookies*). La «Guía sobre el uso de las *cookies*»⁶¹ publicada en julio de 2023 por la Agencia Española de Protección de Datos prevé que «podrán existir determinados supuestos en los que la no aceptación de la utilización de cookies impida el acceso al sitio web o la utilización total o parcial del servicio, siempre que se informe adecuadamente al respecto al

⁶⁰ Véase, asimismo, los considerandos 42 y 43 del RGPD: «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» (cdo. 42) y «se presume que el consentimiento no se ha dado libremente [...] cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento» (cdo. 43).

⁶¹ Disponible en <https://www.aepd.es/documento/guia-cookies.pdf> (última consulta el 12/11/2023).

usuario y se ofrezca una alternativa, no necesariamente gratuita, de acceso al servicio sin necesidad de aceptar el uso de *cookies*».

Este recurso parece estar respaldado, incluso, por la STJUE de 4 de julio de 2023⁶², que recoge el siguiente razonamiento (apartado 150 de la sentencia citada):

Así pues, en el marco del proceso contractual, esos usuarios deben disponer de la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean necesarias para la ejecución del contrato, sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio ofrecido por el operador de la red social en línea, lo que implica que se ofrezca a dichos usuarios, en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos.

Recientemente, algunas compañías (puede constatarse, especialmente, en la mayoría de proveedores de prensa digital) parecen haberse acogido a este criterio introduciendo la alternativa de rechazar la instalación de *cookies*, ofreciendo en su lugar distintas alternativas de suscripción.

Por último, se ha apuntado que el cumplimiento del RGPD exigiría, en cualquier caso, que se ofrezca a los usuarios una alternativa realista y razonable, para lo que deberán tenerse en cuenta factores como el precio establecido en sustitución de la cesión de datos o la existencia de proveedores alternativos⁶³; de lo contrario, se podría entender que sigue sin garantizarse al usuario una elección libre que le permita denegar su consentimiento sin sufrir un perjuicio, en los términos del considerando 42 del RGPD.

Algunos autores⁶⁴ han identificado una interpretación que compatibilizaría el RGPD y la DCSD admitiendo que el consumidor pueda negarse a prestar su consentimiento al tratamiento de datos de carácter de personal, sin que ello exima al empresario de su obligación de procurar el acceso a los contenidos o servicios digitales, lo que conllevaría «hacer recaer sobre el consumidor la gratuidad u onerosidad del contrato»⁶⁵. En cualquier caso, exigir *ex lege* al empresario la prestación de los servicios o el suministro de los contenidos de manera gratuita cuando el consumidor deniegue su consentimiento parece una solución bastante ineficaz desde el punto de

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 4 de julio de 2023, asunto C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537). Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=275125&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=3391332> (última consulta el 12/11/2023).

⁶³ ROBLES ALBERO/LÁZARO HERNÁNDEZ, «Nueva guía sobre el uso de *cookies* en España». Disponible en <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/nueva-guia-sobre-el-uso-de-cookies-en-espana> (última consulta el 15/11/2023); CARUGATI, Christophe «The “pay-or-consent” challenge for platform regulators». Disponible en: https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-11/the-%E2%80%98pay-or-consent%E2%80%99-challenge-for-platform-regulators-9508_3.pdf (última consulta el 15/11/2023).

⁶⁴ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, 2020, pp. 93-120, en especial pp. 110-111.

⁶⁵ MARTÍNEZ CALVO, «Los datos personales como posible contraprestación...», *op. cit.*, p. 117.

vista económico, pues evidentemente desincentivaría por completo el desarrollo de la actividad económica en cuestión.

iii. Vicios en el consentimiento contractual

Por lo que respecta a los presupuestos para la vinculación contractual, como se ha adelantado, habrá que estar a lo dispuesto en la legislación civil nacional, dado que la DCSD se remite a los derechos nacionales en relación con los requisitos para la válida celebración de los contratos⁶⁶. Ya se ha comentado (v. *supra* 2.2) que esto podría dar lugar a que, especialmente en los contratos celebrados a través de Internet, una misma conducta pueda identificarse como un consentimiento para contratar en algunos Estados miembros y no en otros.

En cuanto a los remedios frente a la concurrencia de vicios en el consentimiento, procede traer a colación lo ya dicho en relación con los remedios procedentes ante la omisión de información precontractual. En particular, con respecto a la anulabilidad de los contratos por error o dolo, cabe destacar el habitual empleo, en la contratación electrónica, de los conocidos como *dark patterns* o patrones oscuros⁶⁷.

La Agencia Española de Protección de Datos define, en su «Guía de Protección de Datos por Defecto»⁶⁸, de octubre de 2020, los *dark patterns* como «interfaces de usuario diseñadas para influir, a través de manipulaciones psicológicas y de forma encubierta, en las elecciones del interesado, al menos, con relación al tratamiento de sus datos personales». En el mismo sentido, el anteriormente citado Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023 los define como «técnicas de diseño que impulsan o engañan a los consumidores para que tomen decisiones que conllevan consecuencias negativas para sí mismos»⁶⁹.

De acuerdo con la definición anterior, el uso de patrones oscuros en la contratación de contenidos y servicios digitales conllevaría la apreciación de una conducta dolosa por parte del

⁶⁶ Véase considerandos 12 y 24 y artículo 3.10 de la DCSD.

⁶⁷ De manera más reciente, el Comité Europeo de Protección de Datos ha preferido emplear la denominación de «patrones de diseño engañoso» (*deceptive design patterns*) para referirse a este fenómeno, por ser más omnicomprendensiva y descriptiva. Véase, a estos efectos, las Directrices 03/2022 sobre Patrones de diseño engañosos en interfaces de plataformas de comunicación social: cómo reconocerlos y evitarlos («Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them»). Disponibles en https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf (última consulta el 23/10/2023).

⁶⁸ Disponible en <https://www.aepd.es/documento/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf> (última consulta el 23 de octubre de 2023).

⁶⁹ Considerando 38 del Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos o *Data Act*).

empresario (conforme a lo previsto en el artículo 1.269 del Código Civil), de lo que podría derivarse la nulidad (total o parcial) del contrato⁷⁰.

3.2. Algunas cuestiones relativas a la extinción del contrato

a. El derecho de desistimiento

Junto con los deberes de información precontractual impuestos al empresario, otro de los principales medios de protección que establece la Directiva 2011/83 en favor de los consumidores es el derecho a desistir del contrato injustificadamente en el plazo determinado por la ley, dejando sin efecto dicho contrato y sin soportar penalización alguna.

Como ya se ha dicho, la mayoría de los contratos a los que resulta aplicable la DCSD tendrán la consideración de contratos a distancia celebrados a través de Internet, lo que supone la aplicación a los mismos del Título III del Libro Segundo⁷¹ del TRLGDCU.

No obstante, el TRLGDCU contiene una regulación bastante restrictiva del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Sin ánimo de profundizar en dicho régimen, puede decirse con carácter general que el derecho a desistir del contrato queda excluido en los siguientes supuestos:

- En los contratos de prestación de servicios, una vez iniciada la ejecución de los mismos, siempre que el consumidor haya consentido tal ejecución y se le haya informado de la pérdida del derecho a desistir como consecuencia de la misma (art. 103.a) TRLGDCU).
- En los contratos de suministro de «grabaciones sonoras o de video precintadas o programas informáticos precintados», una vez desprecintados después de la entrega (art. 103.i) TRLGDCU).
- En el caso de suministro de contenidos digitales no suministrados en soporte material, cuando la ejecución haya comenzado con el consentimiento del consumidor y éste haya expresado conocer que dicho consentimiento implica la pérdida del derecho a desistir, habiendo el empresario proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o 99.2 TRLGDCU.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho de desistimiento no resultará aplicable en aquellos casos en los que el consumidor haya accedido a los contenidos o servicios digitales, lo que reduce significativamente su relevancia a efectos de protección del consumidor en estos contratos.

⁷⁰ Así se afirma, recogiendo además una relación de categorías de *dark patterns*, en PLAZA PENADÉS, «Control de transparencia y abusividad en la contratación con condiciones generales entre empresarios en materia de servicios y mercados digitales» en ORDUÑA MORENO (Dir.), *Derecho de Consumo y Correcto Funcionamiento de los Mercados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. pp. 201-250, en particular pp. 246-250.

⁷¹ El artículo 59.4 TRLGDCU declara la aplicación del Libro Segundo del TRLGDCU a los contratos a los que se refiere la DCSD.

Debe advertirse no obstante que, en los contratos de suministro de contenidos digitales en soporte no material y en los de prestación de servicios, la omisión de la información relativa al derecho de desistimiento implicará la aplicación del mismo más un plazo adicional para desistir de doce meses tras la fecha de expiración del desistimiento inicial, de acuerdo con el artículo 104 del TRLGDCU. En consecuencia, en tales situaciones el consumidor podría tener derecho a desistir del contrato una vez comenzada la prestación de los servicios o el suministro de los contenidos.

En el supuesto de que el consumidor ejercite su derecho a desistir del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones (arts. 106 a 108 TRLGDCU). En el caso de los contenidos o servicios digitales, la restitución a cargo del consumidor consistirá en realidad en la inhabilitación por el empresario del acceso a los contenidos o servicios por el consumidor (art. 108.7.8 TRLGDCU); sin perjuicio de lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 107 en relación con los contenidos (distintos de los datos personales) creados por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios.

Respecto al empresario, la obligación de restituir será sustituida por la de cesar en el tratamiento de los datos cedidos por el consumidor (v. al respecto, *infra* 3.2).

b. La revocación del consentimiento y el destino de los datos

i. La revocación del consentimiento desde el prisma contractual

Ya se ha señalado *supra* (2.3) que una de las cuestiones que más dificultan el encaje de la cesión de datos personales como contraprestación contractual es el derecho que asiste al titular de los datos, en virtud del artículo 7.3 del RGPD, a revocar el consentimiento en cualquier momento sin sufrir perjuicio alguno (cdo. 42 RGPD)⁷². Se trata de una particularidad que atenta directamente contra el principio *pacta sunt servanda* y, especialmente y de nuevo, contra lo dispuesto en el art. 1.256 del Código Civil⁷³.

Además, existe una diferencia sustancial con respecto al estatuto jurídico del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen en nuestro ordenamiento, pues la ley en estos casos regula un consentimiento cuya revocación, si bien puede llevarse a cabo en cualquier

⁷² Aunque el considerando 40 de la DCSD se remite a los Derechos nacionales para la determinación de las consecuencias del ejercicio por el consumidor de su derecho a retirar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales («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»), el apartado 7 del artículo 119 ter del TRLGDCU, establece la prohibición de que dicha revocación suponga penalización alguna, como se verá más adelante.

⁷³ Cosa distinta es, por supuesto, el necesario reconocimiento del desistimiento *ad nutum* en contratos de tracto sucesivo y duración indefinida o perpetua, dentro de los parámetros de la buena fe y en virtud de la prohibición de las vinculaciones perpetuas del artículo 1.583 del Código Civil (véase, por todas, la STS 672/2016, Civil, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5103)).

momento, también es susceptible de generar un derecho a indemnización por los perjuicios causados⁷⁴.

Una de las fórmulas sugeridas⁷⁵ para compatibilizar este derecho previsto en la normativa de protección de datos con las reglas contractuales, consistiría en la regulación expresa a nivel comunitario de un derecho de desistimiento *ad nutum* a favor del consumidor, que sería ejercitable sin límite temporal alguno.

Es evidente que esta solución alternativa seguiría vulnerando, en cualquier caso, el artículo 1.256 del Código Civil. No obstante, también se ha señalado que la concepción actual del principio *pacta sunt servanda* ha sido modulada por la doctrina, la jurisprudencia y los legisladores respecto a su formulación clásica, atendiendo a la posición de poder económico de la que gozan algunos sujetos, la cual justificaría algunas «facultades de revisión o resolución del contrato»⁷⁶.

En cualquier caso, puede constatarse que lo que se produce en estos casos no es una modulación de este principio, sino una omisión total del mismo, teniendo en cuenta que la posibilidad de «desistir» sería *ab initio* e inherente al contrato, acompañándolo durante la totalidad de su existencia; sin supeditarse a que concurran determinadas condiciones ni sometándose a una limitación temporal.

En relación con lo anterior, cabe destacar que uno de los elementos básicos del derecho de desistimiento es la existencia de un plazo de ejercicio, cuya excesiva extensión en el tiempo podría menoscabar el principio de seguridad jurídica⁷⁷. También que, precisamente y como se acaba de examinar *supra*, el legislador ha configurado un derecho de desistimiento muy limitado en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁷⁸.

Por otro lado, existe otro sector de la doctrina que defiende que la revocación del consentimiento, aun siendo libre al amparo del RGPD, es susceptible de constituir un incumplimiento en el plano contractual.

⁷⁴ El artículo 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 dispone que el consentimiento –a efectos de autorizar intromisiones que en otro caso serían ilegítimas– será «revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

⁷⁵ 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 de Derecho Patrimonial*, n.º 45/2018, pp. 21-22.

⁷⁶ GARRIDO GÓMEZ, «Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*», *Derecho y cambio social*, año 8, n.º 25, 2011.

⁷⁷ NOVAL LLAMAS, «El plazo y la forma de ejercicio del derecho de desistimiento» en *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. RB-8.1 (edición digital).

⁷⁸ MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, p. 119.

En este sentido, se ha afirmado⁷⁹ que la revocación comunicada dentro del plazo legal de ejercicio del derecho de desistimiento (en los casos en que proceda) deberá equipararse a una declaración inequívoca de la decisión de desistir en el sentido del artículo 106.1 del TRLGDCU; mientras que, de lo contrario, dicha revocación conllevaría un incumplimiento esencial de la obligación que asume el consumidor con el contrato.

A este argumento puede oponerse, de nuevo (v. *supra* 2.3), la dificultad de reconocer la existencia de una obligación, así como la de predicar un incumplimiento derivado del ejercicio de un derecho fundamental⁸⁰.

Existe una declaración de voluntad del titular de los datos que tiene por efecto autorizar o legitimar un tratamiento de los mismos que, de otro modo, sería contrario al RGPD. Sin embargo, el cumplimiento de esta prestación no es coercible, ni siquiera de modo alternativo, pues tampoco es exigible un cumplimiento por equivalente una vez suprimida la posibilidad de reclamar una indemnización de daños⁸¹. No habiendo obligación de cumplir al amparo del RGPD, no debería poder observarse un incumplimiento en sentido estricto.

Es cierto que el TRLGDCU (apartado 7 del artículo 119 ter⁸²) ofrece al empresario la facultad de resolver el contrato como consecuencia de la revocación del consentimiento por el titular de los datos. Sin embargo, parte de la doctrina ha entendido que este precepto atribuye al empresario un derecho a «desistir»⁸³ del contrato atendiendo a que la revocación constituye una circunstancia sobrevenida que frustra la utilidad económica del mismo⁸⁴.

Por lo tanto, ni la tesis del desistimiento *ad nutum* ni la del incumplimiento están exentas de reparos u objeciones relevantes. Hasta el momento, parece que solo puede afirmarse con cierta seguridad que esta revocación supone, simplemente, el ejercicio del derecho del titular a los datos

⁷⁹ 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 SAINZ, *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 117-129 (edición digital). En el mismo sentido, MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, pp. 119-120.

⁸⁰ GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, en especial p. 896.

⁸¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, p. 256.

⁸² «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 siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo.»

⁸³ CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771) (1)», *Diario La Ley*, n.º 9887, 2021, p. 22.

⁸⁴ Véase también JIMÉNEZ HORWITZ, «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales y la resolución del contrato», *Centro de Estudios de Consumo* (<https://centrodeestudiosdeconsumo.com>), p. 9: «después de que el consumidor retire su consentimiento al tratamiento de los datos personales, el empresario puede resolver el contrato, porque, si él cumpliera lo que debe, no obtendría la utilidad prestacional que podría esperar. La retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales impide la lógica onerosa del contrato y, con este fundamento, el empresario puede resolver.»

a dejar de autorizar el tratamiento de los mismos, del mismo modo que en un momento anterior ejerció su derecho a consentirlo o autorizarlo⁸⁵.

ii.Efectos de la revocación: en particular, el destino de los datos

Una vez producida la revocación, se ha anunciado reiteradamente en este trabajo que el empresario podrá instar la resolución del contrato sin que quepa penalización alguna a cargo del consumidor (apartado 7 del artículo 119 ter TRLGDCU). Esto es coherente con el ya aludido considerando 42 del RGPD, aunque podría generar dudas en relación con la obligatoriedad del cumplimiento para el consumidor, como se ha discutido en este mismo apartado.

Cabe indicar que ya se había defendido la procedencia de la resolución contractual en caso de revocación antes de su previsión en el TRLGDCU, con base en la existencia de una especie de condición resolutoria –siendo dicha condición la retirada del consentimiento al tratamiento de los datos– derivada del ejercicio de derechos fundamentales que, aunque no se pactara expresamente y no pudiendo las partes desconocerla, integraría el contrato *ex art.* 1.258 del Código Civil⁸⁶.

En otro orden de cosas, dado que la revocación del consentimiento tiene efectos *ex nunc*⁸⁷, parece que ésta simplemente obliga al empresario a detener el tratamiento de los datos personales. Dicho cese implicará también la supresión de los datos, con algunas excepciones⁸⁸.

Al igual que en el supuesto de ejercicio del derecho de desistimiento, la obligación de abstenerse de continuar el tratamiento de los datos de carácter personal alcanza a los terceros que hayan recibido tales datos del empresario. A tal fin, éste deberá informar de la revocación a aquellos, pero no asumirá responsabilidad alguna en este sentido⁸⁹.

En cualquier caso, es razonable pensar que el titular de los datos de carácter personal tendrá un control limitado de lo que pueda suceder con éstos una vez autorizada su cesión, incluso aunque revoque su consentimiento, teniendo en cuenta la dificultad de comprobar (i) que se ha producido la supresión de los mismos y (ii) a qué sujetos han sido cedidos⁹⁰.

De acuerdo con todo lo dicho, parece que la utilidad del ejercicio del derecho de desistimiento de los artículos 102 y siguientes del TRLGDCU será escasa mientras persista la opción de revocar

⁸⁵ JIMÉNEZ HOWITZ, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸⁶ GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, p. 896.

⁸⁷ Véase artículo 7.3 RGPD: «la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada».

⁸⁸ Apartados 1.c) y 3 del artículo 17 del RGPD. Véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El consentimiento...», *op. cit.*, en particular pp. 145-146.

⁸⁹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El consentimiento...», *op. cit.*, en particular pp. 145-146.

⁹⁰ POLITOU/ALEPIS/PATSAKIS, «Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions», *Journal of Cybersecurity*, 2018. Disponible en <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy001> (última consulta el 23/11/2023), pp.11-12. En sentido similar, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, p. 259.

el mismo libremente, más allá de los supuestos de contratos mixtos donde el consumidor asume una obligación de pago junto con el compromiso de ceder datos personales (que quedan fuera del alcance de este trabajo)⁹¹. De hecho, existe una ventaja teórica para el consumidor en el hecho de que la revocación de su consentimiento al tratamiento de los datos no suponga la extinción automática del contrato, de acuerdo con lo que ya se ha apuntado.

c. *Resolución del contrato*

i. *Posibles supuestos de incumplimiento por el consumidor*

Ya se ha visto que los remedios de los que dispone el empresario en caso de ver frustrado el fin perseguido con el contrato son muy limitados en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, teniendo en cuenta que la revocación del consentimiento no puede ser entendida como un incumplimiento del contrato (v. *supra* 1.2). En resumen, la única reacción posible para el empresario ante dicha revocación sería la resolución del contrato *ex* artículo 119 ter TRLGDCU en los casos en los que proceda por no haber quedado ya satisfechas las pretensiones de ambas partes, sin que quepa reclamar indemnización alguna al consumidor como consecuencia del ejercicio de sus derechos.

Sin embargo, se han señalado algunos supuestos que no podrían identificarse indubitadamente como una retirada o revocación del consentimiento y cuyo tratamiento es dudoso de acuerdo con la ley, por lo que merecen una concisa exposición. Tales supuestos son:

- aquel en el que se celebre el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, pero el consumidor no llegue a efectuar dicha cesión – lo cual solo será posible en los casos en que la cesión tenga lugar de manera simultánea a la celebración del contrato–; y
- por otro lado, y como caso susceptible de generar mayores dudas, el de la cesión por el consumidor de datos falsos. Normalmente, esto podrá suceder cuando el consumidor es el encargado de introducir sus datos; y no cuando, por ejemplo, una aplicación recopila la ubicación del consumidor en un determinado momento a través de la geolocalización de su teléfono móvil.

De la regulación actual no es en absoluto posible extraer de manera indiscutible los efectos que deberían derivarse de estas situaciones. Cabe plantearse, teniendo en cuenta la ambigüedad existente en relación con el régimen aplicable a esta figura, si al menos en este caso podría hablarse de incumplimiento⁹², a pesar del tenor del artículo 119 ter.7 TRLGDCU. Si así fuera, tampoco queda claro si el empresario dispondría de algún remedio para la tutela de sus intereses.

⁹¹ En este sentido, señala NAVARRO CASTRO, «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales» en *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA/PLANA ARNALDOS (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 463-500, en particular p.494 que el desistimiento tendría por efecto automático la ineficacia del contrato con restitución de las prestaciones en los contratos mixtos, a diferencia de la revocación.

⁹² BEDIR, «Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict», pp. 30-32. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3648092> (última consulta el 25/11/2023).

Al respecto, algunos autores⁹³ han sugerido que el empresario podría resolver el contrato con indemnización de los perjuicios causados por el «incumplimiento», teniendo en cuenta para la determinación de la misma que el consumidor haya accedido podido acceder a los contenidos o servicios gracias al consentimiento prestado⁹⁴.

De nuevo, se trata de un planteamiento cuestionable desde el punto de vista de la inexistencia de obligación en sentido estricto a cargo del consumidor. «La promesa de suministrar los datos es inexigible, por no permitirlo el RGPD»⁹⁵, esto es, al consumidor no se le puede exigir el cumplimiento de dicha promesa, como ya se ha dicho, y esa inexigibilidad no parece depender de que haya accedido o no a los contenidos o servicios.

De acuerdo con lo anterior, parece que la resolución sería procedente aplicando lo ya dicho sobre la frustración del fin o interés contractual del empresario y, analógicamente⁹⁶, el artículo 119 ter.7 TRLGDCU. Sin embargo, al no existir incumplimiento, no procedería la indemnización de los daños derivados del mismo *ex* artículo 1.124 del Código Civil.

Es cierto, no obstante, que en estos concretos supuestos podría constatarse la existencia de una especie de engaño por el consumidor, que pareciera tratar de emitir una promesa de ceder sus datos personales sin intención de cumplirla, con el propósito de disfrutar de los contenidos o servicios digitales sin contraprestación alguna. En este sentido, cabe preguntarse si se podría reconducir la reclamación de los daños sufridos (si es que tales daños han existido y se pueden probar y cuantificar, lo que resultaría también complicado), por la vía extracontractual, probablemente alegando un ejercicio abusivo de la facultad de revocación.

ii. Breve referencia a la resolución por incumplimiento del empresario

Sin ánimo de profundizar en el complejo estudio del incumplimiento y, en particular, de la falta de conformidad en sede de legislación de consumo, procede finalizar este apartado con algunas consideraciones especialmente relevantes en relación el ámbito de estudio del presente trabajo.

En cuanto a los efectos generales de la resolución contractual, el artículo 16.2 de la DCSD (que encuentra su equivalente en el 119 ter.5 del TRLGDCU) establece simplemente que «en relación con los datos personales del consumidor, el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de

⁹³ Afirma SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.12, que la posibilidad de exigir al consumidor la cesión de datos una vez ha consentido libremente dicha cesión no parecería contraria al RGPD. En el mismo sentido, GARCÍA HERRERA, *op. cit.* p. 8. También MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.* pp. 121-122, en este caso después de la publicación de la norma de transposición de la DCSD (y, en consecuencia, de la introducción del art.119 ter.7 TRLGDCU).

⁹⁴ GARCÍA HERRERA, *op. cit.* p. 8.

⁹⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, p. 256

⁹⁶ Como señala CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance...», *op. cit.*, p. 22, el artículo 119 ter.7 no contempla este supuesto de manera expresa, lo que puede inducir a confusión en relación con el derecho del empresario a resolver el contrato.

conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679». Con respecto al propósito de este precepto, parece que la norma podría tratar de reiterar el obligado respeto a derechos como el de acceso, supresión y portabilidad, si bien estos derechos también son ejercitables por el titular de los datos durante la vigencia del contrato⁹⁷. Además, de conformidad con la naturaleza de las prestaciones, la resolución en estos contratos tiene efectos *ex nunc*, de manera que el tratamiento de los datos realizado por el empresario de acuerdo con previsto en la normativa de protección de datos será válido⁹⁸.

Por otro lado, con carácter general, la doctrina ha señalado que la restitución carece de sentido cuando existe una contraprestación consistente en la cesión de datos personales, por cuanto (i) el consumidor no pierde su información por el hecho de cederla (y en tal caso, podría recuperarla a través del derecho de acceso) y (ii) los datos habrán sido replicados y vendidos a terceros durante la vigencia del contrato, lo que hace inservible su restitución⁹⁹. También se ha esgrimido que la cesión de datos personales constituye una «obligación» de hacer y no de dar¹⁰⁰, aunque esta opinión no resulta pacífica¹⁰¹.

De lo anterior se deduce que, en este tipo de contratos, la resolución del contrato tendría como única consecuencia para el empresario la obligación de abstenerse de continuar el tratamiento de los datos personales, como se ha señalado anteriormente.

Debe tenerse en cuenta que uno de los fines de la DCSD era ampliar los instrumentos de protección de los consumidores presentes en la legislación de consumo a los contratos por los que se suministran contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. En este sentido, procede advertir que la falta de conformidad de escasa importancia justificará la resolución del contrato por el consumidor únicamente en los contratos en los que se ceden datos personales como contraprestación (art. 119 ter.2 TRLGDCU), lo que se justifica¹⁰² por la imposibilidad de exigir en estos casos la reducción del precio (pues el precio son los datos personales).

De hecho, cabe destacar aquí la introducción de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales motivada por la infracción de la normativa de protección de datos (v.

⁹⁷ HERRERÍAS CASTRO, «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16, 2022, pp. 1010-1037, en especial pp. 1.020-1.021.

⁹⁸ SÁNCHEZ LERÍA, «Mercado digital y protección del consumidor...», *op. cit.*, p. 73.

⁹⁹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰¹ V. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, p. 259, que la identifica como obligación de hacer. Cabe añadir que, en cierto sentido, esta conducta podría incluso identificarse como un «no hacer» al consistir simplemente en autorizar una determinada intromisión, especialmente cuando los datos se recogen de manera pasiva.

¹⁰² Véase el considerando 67 DCSD: «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».

considerando 48¹⁰⁵). Debe señalarse que, a pesar de haber sido objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria de la DCSD, esta idea no quedó reflejada en el articulado de la DCSD ni en el TRLGDCU¹⁰⁴.

Ante el incumplimiento del contrato por parte del empresario, el consumidor no tendrá otra opción que instar la resolución del mismo, sin que la ley ofrezca, de nuevo, otro remedio viable ante la falta absoluta de suministro o la falta de conformidad.

Se da la circunstancia, en tal hipótesis, de que el empresario se habrá beneficiado del tratamiento de sus datos durante la vigencia del contrato y, además, como se ha indicado anteriormente, el consumidor encontrará grandes dificultades para comprobar que el empresario u otros terceros han cesado en el tratamiento de sus datos.

Con todo, tampoco parece que la normativa de protección de datos ofrezca una solución al respecto, pues el consentimiento se habrá obtenido de manera lícita a efectos del RGPD y no procedería apreciar infracción alguna de éste, en la mayoría de los casos¹⁰⁵.

Como consecuencia de lo anterior, algunos autores han planteado la posibilidad de acudir a la indemnización de daños y perjuicios a la que alude expresamente el artículo 117.1¹⁰⁶ *in fine* del TRLGDCU o, incluso, a la acción por enriquecimiento injusto¹⁰⁷, a efectos de reclamar los beneficios obtenidos por el empresario mediante el contrato sobre el que recae la falta de conformidad o el incumplimiento contractual.

4. Conclusiones

- I. La DCSD ha sido la primera norma en prever en nuestro ordenamiento la cesión de datos personales como contraprestación contractual, con el efecto de ampliar la cobertura de la legislación de consumo a los contratos por los que el consumidor cede datos personales a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales.

¹⁰⁵ «Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».

¹⁰⁴ HERRERÍAS CASTRO, *op. cit.*, pp. 1.020-1.021.

¹⁰⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, p. 261 plantea el supuesto de que el empresario hubiera captado el consentimiento (a los efectos del art. 6.1.a RGPD) mediante el engaño al consumidor, a sabiendas de que no iba a cumplir la prestación asumida con el contrato.

¹⁰⁶ «El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede»

¹⁰⁷ BUENO BIOT, «La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 18, 2023, pp. 1436-1477, en especial pp. 1467-1471. También, respecto de la indemnización, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor...», *op. cit.*, pp. 260-261.

- II. Esta novedad debe ser vista como algo positivo, pues implica fortalecer la posición del consumidor en las relaciones económicas con las empresas que se dedican a la explotación de los datos, relaciones en las que además los individuos cuentan con una información muy limitada sobre los pormenores y el valor de la prestación que realizan, lo que justifica unas superiores exigencias en materia de transparencia.
- III. Se ha visto que, incluso, esta reforma contribuye a mejorar también la posición contractual del empresario al contemplar a otras cuestiones anteriormente dudosas, como el derecho de éste a resolver el contrato en caso de revocación del consentimiento por el consumidor.
- IV. No obstante lo anterior, el reconocimiento de la cesión de datos personales como una prestación contractual hace surgir una multiplicidad de dudas que la DCSD no resuelve. La Directiva, aunque declara la prevalencia de la normativa del Derecho de la Unión en materia de protección de datos, no aclara algunas cuestiones que resultan esenciales para comprender la naturaleza jurídica del nuevo contrato, ni establece una regulación pormenorizada de los supuestos que podrían ser más problemáticos. De hecho, la parquedad y ambigüedad de las previsiones específicamente aplicables a la cesión de datos ha provocado numerosas lagunas que deberán ser solventadas por el Derecho de los Estados Miembros¹⁰⁸.
- V. La propia referencia a la cesión de datos personales como una prestación contractual constituye una de las cuestiones más polémicas, dado su carácter de derecho fundamental y la consecuente reticencia de algunas instituciones europeas a aceptar que la información personal pueda emplearse como una moneda de cambio en el mercado. Si bien parece legítimo reconocer al titular de los datos un ámbito de aprovechamiento económico de los mismos, existe una evidente complejidad en la compatibilización del RGPD con el derecho de contratos.
- VI. El cruce de consentimientos por el que el consumidor acepta ceder sus datos a cambio del disfrute de una determinada prestación solo puede encajar de un modo muy forzado en la categoría de contrato, al menos de conformidad con el Derecho español. El consumidor no asume obligación alguna a resultas de este cruce de consentimientos, y en muchísimas ocasiones ni siquiera será consciente de estar celebrando un contrato, con lo que se estaría muy lejos de cumplir los presupuestos de un consentimiento informado al mismo.
- VII. La aplicación de las normas previstas para los contratos de consumo al suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos plantea ciertos interrogantes. Se deduce que deberá diferenciarse entre el consentimiento contractual y el consentimiento a efectos de autorizar el tratamiento; sin embargo, un consentimiento ilícito de conformidad con el RGPD deberá conllevar la ineficacia del contrato por proyectarse sobre un elemento esencial del mismo. A su vez, parece que un consentimiento otorgado como condición para

¹⁰⁸ Vid. CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance...», *op. cit.*, p. 27.

el acceso a un contenido o servicio podría ser contrario al principio de libertad para consentir, siendo éste un obstáculo para el que aún no parece haberse encontrado una solución enteramente satisfactoria.

- VIII. En sede de extinción del contrato, el derecho de desistimiento que otorga la legislación de consumo parece devenir superfluo a la vista del derecho a revocar el consentimiento para el tratamiento sin sufrir penalización alguna. En el plano contractual, la falta de regulación *ad hoc* hace surgir innumerables dudas en relación con la naturaleza jurídica de dicho derecho de revocación y sus consecuencias, dado que no resulta fácilmente reconducible al esquema del derecho de desistimiento, ni tampoco procede predicar un incumplimiento contractual de su ejercicio.
- IX. En caso de resolución, la imposibilidad de restitución de los datos de carácter personal conlleva que la misma sea sustituida por la simple obligación de detener el tratamiento de los datos, obligación cuya extensión a terceros parece presentar escasa utilidad dada la naturaleza de la información procesada, tratada y comercializada de manera masiva. La consecuencia de lo anterior es que, en caso de resolución por incumplimiento del empresario, éste habrá obtenido un beneficio económico con el correlativo sacrificio por el consumidor de su privacidad. Sin embargo, ese beneficio habrá sido obtenido de manera válida y al consumidor no se le provee de herramientas para obtener una compensación por este hecho.
- X. A la vista de todo lo anterior, quizá habría resultado más apropiado prever los mecanismos de protección del consumidor a los que da entrada la DCSD de manera específica, esto es, no unificada con el resto de la legislación aplicable a los contratos de consumo¹⁰⁹. De este modo, la legislación sería menos confusa, y se salvarían los conflictos derivados de la aplicación simultánea del derecho de protección de los datos de carácter personal y el derecho civil contractual.

5. 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/HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 117-129 (edición digital).

ARROYO I AMAYUELAS, Esther «La transformación digital de los contratos de consumo en España», *Contratación en el entorno digital* (Dir. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y PLANA ARNALDOS, María Carmen), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 23-62.

BEALE, Hugh «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment: in depth analysis», *Publications Office of the European Union*, 2015.

¹⁰⁹ En este sentido, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución del consumidor...», *op. cit.*, p. 266.

BEDIR, Cemre «Contract law in the Age of Big Data», *Tilburg Private Law Working Paper Series*, n.º 4, 2020, pp. 6-7. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3697868 (última consulta el 23/11/2023).

BEDIR, Cemre, «Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict». Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3648092> (última consulta el 25/11/2023).

BUENO BIOT, Álvaro, «La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 18, 2023, pp. 1436-1477.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea ¿navegar es contratar (servicios digitales "gratuitos")?». *Estudios de derecho contractual europeo*, 2022, pp. 331-405.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771) (1)», *Diario La Ley*, n.º 9887, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en CAPILLA RONCERO/LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA/MURGA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Derecho Digital: Retos y cuestiones actuales* (versión electrónica), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 19-55.

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: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016.

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

CARRASCO PERERA, Ángel, «Resolución de contrato pagado con datos personales como precio», *Centro de Estudios de Consumo*, 2022. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Resoluci%C3%B3n_de_contrato_pagado_con_datos_personales_como_precio.pdf (última consulta el 2 de noviembre de 2023).

CARUGATI, Christophe, «The “pay-or-consent” challenge for platform regulators». Disponible en: https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-11/the-%E2%80%98pay-or-consent%E2%80%99-challenge-for-platform-regulators-9508_3.pdf (última consulta el 15/11/2023).

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*, n.º 61, 2019, pp. 29-65.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Requisitos del contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), *Curso de Derecho Civil (II)*, v.1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Madrid, 5ª edición, Edisofer, 2018, pp. 335-369.

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*, n.º 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.

GARCÍA PÉREZ, Rosa María, «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, n.º1, 2020, pp. 875-907.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, María Carmen (Dir.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 221-270.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel «Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*», *Derecho y cambio social*, año 8, n.º 25, 2011.

HERRERÍAS CASTRO, Laura, «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16, 2022, pp. 1010-1037.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales y la resolución del contrato», *Centro de Estudios de Consumo* (<https://centrodeestudiosdeconsumo.com>).

MARTÍNEZ CALVO, Javier «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos «El contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), Curso de Derecho Civil (II), v. 1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Edisofer, Madrid, 2018, pp. 307-332.

MARTÍNEZ-ROJAS, Ángela «Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 42, 2016, pp. 59-82.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M./SANCHO LÓPEZ, Marina «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2018.

NAVARRO CASTRO, Miguel «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales» *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, María Carmen (Dir.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 463-500.

NOVAL LLAMAS, Joaquín José, «El plazo y la forma de ejercicio del derecho de desistimiento» en *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. RB-8.1 (edición digital).

PLANA ARNALDOS, María Carmen, «Los datos personales como contraprestación» en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Control de transparencia y abusividad en la contratación con condiciones generales entre empresarios en materia de servicios y mercados digitales» en ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (Dir.), *Derecho de Consumo y Correcto Funcionamiento de los Mercados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. pp. 201-250.

POLITOU, Eugenia/ALEPIS, Efthimios/PATSAKIS, Constantinos, «Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions», *Journal of Cybersecurity*, 2018. Disponible en <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy001> (última consulta el 23/11/2023).

POLO ROCA, Andoni, «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de derecho político*, n.º 108, 2020, pp. 165-194.

ROBLES ALBERO, Juan Ramón/LÁZARO HERNÁNDEZ, Clara, «Nueva guía sobre el uso de cookies en España». Disponible en: <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/nueva-guia-sobre-el-uso-de-cookies-en-espana> (última consulta el 15/11/2023).

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Comentario al artículo 60» en CAÑIZARES LASO, Ana y ZUMAQUERO GIL, Laura, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 877-886.

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 de Derecho Patrimonial*, n.º 45/2018.

SPINDLER, Gerald, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca «Mercado único digital y concepto de consumidor», *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, n.º 22, 2015, pp. 19-29.