



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LOS DATOS PERSONALES COMO MEDIO DE PAGO EN EL ÁMBITO DIGITAL: Aspectos jurídicos relevantes

Autor

Chueca Gracia, Laura

Director

Martínez Calvo, Javier

Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza

Curso 2021-2022

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
1. Razón de la elección del tema y justificación de su importancia.....	3
2. Metodología.....	4
II. MARCO JURÍDICO: DUALIDAD NORMATIVA (NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VS. NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	5
III. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES POR UN TERCERO.....	11
1. Respeto a la vida privada y derecho a la protección de datos.....	12
2. Requisitos para el tratamiento de datos personales ajenos, con especial referencia al consentimiento.....	14
IV. LA CONFIGURACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO UNA CONTRAPRESTACIÓN CONTRACTUAL (Y SUPUESTOS EXCLUIDOS).....	19
V. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO UNA CONTRAPRESTACIÓN CONTRACTUAL.....	22
1. Ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor.....	23
2. La revocación del consentimiento por parte del consumidor.....	26
3. Efectos de la resolución del contrato.....	27
3.1. Resolución por incumplimiento del consumidor.....	28
3.2. Resolución por incumplimiento del empresario.....	29
VI. CONCLUSIONES.....	30
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	32

I. INTRODUCCIÓN

1. Razón de la elección del tema y justificación de su importancia

La sociedad de la información ya supone parte de nuestra historia reciente debido a que este fenómeno ha provocado una auténtica revolución técnica en el estado de la ciencia, cultura y economía, entre otras. De entre todas las tecnologías que promueven tales cambios, destaca por el mayor impacto provocado en la sociedad la aparición de las redes telemáticas. El aumento generalizado del uso de estas redes, concretamente de Internet, ha supuesto la desaparición de los conceptos espacio y tiempo en las comunicaciones y, la información se ha convertido en uno de los valores fundamentales de nuestra comunidad.

Todo ello nos ha llevado a la creación humana de un nuevo negocio y una nueva mercancía, los datos. El mercado de bienes y servicios digitales se está convirtiendo en el principal protagonista del tráfico jurídico. Sin embargo, junto a los convenientes de este nuevo mercado, como son la mejora de la calidad de vida, el fomento de la conciliación familiar y el abaratamiento de los costes de producción y de comunicación, se plantean numerosos inconvenientes, tales como la necesaria creación de nuevos empleos que respondan a las características de las labores o el riesgo que puede implicar la destrucción de algunos puestos ya establecidos, así como las posibles desigualdades que puede acentuar el acceso a estas nuevas tecnologías. Pero sobre todo, aparece un importante riesgo que amenaza seriamente la protección de la vida privada y de los datos personales. El derecho a decidir si una determinada información debe o no debe de ser transmitida, puede desaparecer progresivamente a medida que avanzan las tecnologías de la información.

Desde la Unión Europea han sido importantes los esfuerzos dirigidos a afrontar los retos que plantea la expansión de internet. Como ejemplo de ello, en mayo de 1994 un grupo de trabajo encabezado por el ministro alemán Martin Bangemann sentó los principales cimientos de las medidas a adoptar para la consecución de la sociedad de la información. Elaboró un informe, denominado “Informe Bangemann”, a partir del cual las iniciativas y documentos fueron sucediéndose constantemente. De modo similar, en 1995 la Comisión nombró a un grupo de expertos para crear un Foro sobre la sociedad

de la información y tratar la acentuación de las desigualdades existentes y la división que estas conllevan.

Estos primeros esfuerzos se centraron con carácter prioritario en el ámbito del sector público, dotando a la Administración pública de los Estados de los instrumentos necesarios para su modernización y para posibilitar el aprovechamiento que las nuevas tecnologías ofrecen al sector público en materia de reducción de costes, aumento de la competitividad e inversiones y mejora de la prestación de servicios.

En el marco regulador de los contratos digitales, interaccionan dos normativas distintas, una en materia de consumo, en especial la reguladora de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y, otra en materia de protección de datos personales.

En el ámbito del Derecho español, existe una prolífera normativa en materia de protección de datos personales, así como en materia de consumo. Algunas de las medidas pioneras que tuvieron lugar fueron la creación del Consejo Superior de Informática como órgano de la Presidencia del Gobierno encargado de la preparación, elaboración, desarrollo y aplicación de la política informática del Gobierno, la promulgación de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica o la presentación el año pasado de la Carta de Derechos Digitales presentada por parte del Gobierno español. Dicha Carta no tiene carácter normativo, su principal motivo es proponer un marco de referencia de actuación de los poderes públicos que, compartido, permita aprovechar y desarrollar el entorno digital y servir de guía para próximos proyectos legislativos.

En la actualidad, la contratación de suministro de contenidos y servicios digitales sigue planteando numerosas controversias, pudiendo decirse uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Derecho Civil contemporáneo es la regulación de este tipo de contratos. Por todo ello, considero la configuración de los datos personales como contraprestación contractual un tema ciertamente interesante a tratar dada su trascendencia social y económica.

2. Metodología

Respecto a la metodología empleada para llevar a cabo este estudio, cabe señalar que, al encontrarnos con una figura novedosa, basaremos nuestra investigación en la exploración de la muy reciente bibliografía existente aportada por los distintos autores del mundo jurídico.

Se llevará a cabo un análisis detallado de la legislación relacionada con la protección al consumidor en general, así como la relativa al comercio electrónico y la referente a la protección de los datos personales. He atendido a varias recomendaciones, opiniones y comunicaciones de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y de otras Comisiones creadas con fines concretos, las cuales me han permitido atender a la problemática que en ocasiones plantea la legislación vigente. Asimismo, he leído varios artículos de opinión que me permiten afirmar que la regulación de esta cuestión precisa de una revisión y actualización periódica, en especial debido a la situación ante la que nos encontramos de emergencia sanitaria y al mayor control al que la sociedad se ha visto expuesta en lo que a datos de su privacidad se refiere debido a esta pandemia. Por último, he analizado varias sentencias de los tribunales europeos relacionadas con el tema de mi trabajo.

II. MARCO JURÍDICO. DUALIDAD NORMATIVA: NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VS. NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS

La incorporación de las redes digitales a nuestra forma de vida y el cambio de modelo social que ello implica ha provocado que gran parte del armazón legal, que hasta el momento venían sosteniendo las materias clásicas del Derecho privado, ceda ante nuevas y diferentes situaciones que no han podido ser previstas por los legisladores. Así ocurre con el Derecho de contratos, por ejemplo.

Desde otra perspectiva, la progresiva e imparable introducción de estas redes digitales suscita una mayor inquietud de cara a la protección de los derechos de la persona. De esta forma, nacen los denominados “*derechos fundamentales de tercera generación*”: el derecho a la autodeterminación informativa o tutela de datos. Mediante tal reconocimiento se pretende la protección de la libertad de los individuos a determinar por sí mismos cuándo, cómo y hasta qué punto se puede comunicar a terceras personas

información referida a ellos; esto es, ofrecer toda una serie de garantías que aseguren la tutela de un bien jurídico tan amplio como es la vida privada.

En la materia que nos ocupa se entremezclan principios procedentes de dos normativas distintas: la de consumo y la de protección de datos. A continuación, pasaremos a referirnos a ellas por separado:

NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Los primeros pasos se dieron en el ámbito internacional. Fue en el año 1967, en el seno del Consejo de Europa con la creación de una Comisión Consultiva dedicada a estudiar las nuevas tecnologías de la información y su agresividad a los derechos de la persona; sin embargo, no fue hasta 1981 cuando ve la luz uno de los documentos que tuvo mayor repercusión en este ámbito: el Convenio número 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y la modificación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH, en adelante) en el año 1953.

También en el seno de la Unión Europea se han dado importantes pasos. Así, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea dictan la Directiva 95/46/CE, 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. Esta Directiva trataba de armonizar la protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales. Pero ello, no impidió que el derecho a la protección de los datos personales se aplicara de manera fragmentada en cada Estado de la Unión Europea. Esta fue una de las razones por las que se decidió promulgar el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE ¹.

Por lo tanto, actualmente en materia de protección de datos personales a nivel comunitario, habrá que tener en cuenta principalmente dos normas: el Reglamento 2016/679 y, por otro lado, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la

¹ Reglamento General de Protección de Datos (en adelante: Reglamento 2016/679).

protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva 2002/58).

El Reglamento 2016/679 tiene alcance general, es decir, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. No obstante, faculta a los Estados miembros para mantener o adoptar disposiciones con el objetivo de concretar o hacer efectivas las normas del propio texto². Igualmente, como novedad, consagra el principio de *privacy by design*, o privacidad por diseño, por el que las medidas de protección de datos personales se aplican desde el momento en que se diseña el tratamiento y se limita el uso de datos y su conservación, así como el acceso a los mismos, esto es, al mínimo necesario para llevar a cabo el tratamiento.

Su ámbito de aplicación se limita a las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales, por lo que quedan fuera del mismo las personas jurídicas, por ejemplo, las empresas.

Por su parte, la Directiva 2002/58 pretendía “la armonización de las disposiciones nacionales necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular del derecho a la intimidad y a la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como a la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”. Dicha Directiva fue posteriormente modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva 2009/136, en adelante), la Directiva 2002/58 mencionada y el Reglamento 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (en adelante, Reglamento 2006/2004).

Asimismo, tiene especial relevancia a nivel nacional la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD, en adelante), la cual nace para adecuar nuestra normativa interna a lo dispuesto

² Considerando 10 del Reglamento 2016/679.

en el RGPD. La LOPD dice ser de aplicación a cualquier tratamiento de datos personales que esté total o parcialmente automatizado, además de al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o que vayan a ser incluidos en un fichero. Sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación a los tratamientos que prohíba el Reglamento 2016/679, los tratamientos de datos de personas fallecidas y los sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas³.

De esta forma, la protección a las personas físicas en el ámbito de los datos personales se garantiza en España por la doble aplicación tanto del derecho interno como del derecho de la Unión Europea.

NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

En el ámbito comunitario en materia de consumo hay que atender en primer lugar a la Directiva (UE) 2011/83 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 (Directiva 2011/83, en adelante).

Su objetivo es garantizar el equilibrio y corregir las desigualdades que puedan darse en la relación entre empresario y consumidor de acuerdo con el principio de proporcionalidad y subsidiariedad⁴.

La mencionada Directiva define al consumidor como toda persona física que, en los contratos celebrados con un comerciante, actúe con un fin distinto o ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Mientras que el comerciante puede ser tanto persona física como jurídica, privada o pública, que actúe, en nombre propio o de otra persona, con propósito de obtener un beneficio para su actividad profesional, comercial u oficio⁵. La interpretación de la Directiva fue anticipada ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 marzo 1991, en el denominado asunto di Pinto⁶, en el que un empresario celebró un contrato de publicidad sobre su fondo de comercio a raíz de una visita a su domicilio. El tribunal determinó que tales contratos

³ Art 2 de la LOPD

⁴ Principio regulado en el art 5 del Tratado de la Unión Europea.

⁵ Arts. 1, 2 y 3 de la Directiva 2011/ 83.

⁶ STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, (proceso penal) caso Patrice di Pinto.

con otros empresarios «constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante», por lo que dicho comerciante no merece la calificación de consumidor. Asimismo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 17 marzo 1998, en el asunto Dietzinger⁷, sobre un contrato de fianza celebrado por un particular para asegurar la devolución de un préstamo para consumo empresarial ajeno, el tribunal determinó que la Directiva en vigor en ese momento no limitaba su ámbito de aplicación dependiendo de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que esos bienes o servicios se destinen al consumo privado.

La Directiva 2011/83 se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (Ley 3/2014, en adelante). En el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la Directiva 2011/83, aparece la primera controversia, la noción de consumidor. Ya hemos visto que la Directiva 2011/83 no contempla la protección de las personas jurídicas como consumidores, mientras la Ley 3/2014 sí reconoce como consumidor a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por otro lado, aparece la Directiva 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 (Directiva 2019/770, a partir de ahora), que resulta de importancia capital para nuestro estudio.

Su ámbito de aplicación se extiende a los contratos celebrados únicamente entre empresario y consumidor, y a los celebrados tanto presencialmente en un establecimiento mercantil como a distancia, sin importar que los contenidos y servicios digitales sean suministrados en soporte digital o en línea. Además, se aplica a los supuestos en los que “el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio” y a aquellos en los cuales “el empresario suministre o se comprometa a

⁷ STJCE 17 marzo 1998, caso Dietzinger.

suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”⁸.

Asimismo, recoge las acciones que asisten al afectado ante la falta de conformidad del bien o servicio digital recibido. Pero no protege otros derechos del usuario como, por ejemplo, en caso de resolución contractual, el derecho a que el proveedor no tenga en su mano la posibilidad de utilizar los datos personales nuevamente.

En el marco jurídico español, la Directiva 2019/770 se incorporó al mismo a través del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención u reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores⁹, el cual entró en vigor el pasado 1 de enero de 2022.

En el propio texto de la Constitución Española de 1978 (en adelante: CE), la protección de los consumidores y usuarios se convierte en un principio básico que obliga al Estado a asegurar a los ciudadanos sus derechos y libertades en este ámbito. Así, ordena a los poderes públicos que¹⁰:

- a. Garanticen la defensa de los consumidores y usuarios.
- b. Protejan su seguridad, salud e intereses económicos.
- c. Promuevan la información y la educación de consumidores y usuarios.
- d. Fomenten las organizaciones de consumidores y usuarios y las oigan en lo que pueda afectar a estos.

⁸ Art 3.1 de la Directiva 2019/770.

⁹ MARTÍNEZ CALVO, J. *Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (2021). Pág 91.

¹⁰ Previsto en el art 51 CE.

Para conseguir estos objetivos se establecieron una serie de mecanismos, como normas imperativas en materia de contratación, regulación del comercio interior ¹¹, procedimientos eficaces a través de normas de control, e información mejor y más exhaustiva. Con estas premisas se procuró establecer una tutela de los consumidores frente a los empresarios a través de un control público de la iniciativa en determinados sectores. De esta manera, se crea lo que parece una tendencia a limitar el poder de la autonomía de la voluntad con el fin de tutelar los intereses de los que a la hora de contratar se encuentran en una situación de inferioridad.

III. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES POR UN TERCERO

En la actualidad, la doctrina científica y los tribunales de justicia, así como amplios sectores sociales se han hecho eco del debate iniciado hace años por unos pocos expertos acerca del fenómeno de “*liberties pollution*” o contaminación de libertades, es decir, la situación de ‘erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías’ ¹².

La sociedad actual se caracteriza por la acumulación de información, aunque tal vez no siempre de conocimiento. Cada día se recaban miles de datos a través de sus titulares que los ceden para finalidades concretas o, aún sin su consentimiento, cuando se obtienen de un tercero o de las llamadas fuentes accesibles al público, sin que se ofrezca ningún tipo de información de su destino o paradero.

Pero, ¿qué entendemos por tratamiento de datos? Parece que puede definirse como cualquier tipo de operación o procedimiento técnico, de carácter automatizado o no, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación; además de las cesiones de datos, ya se produzcan a través de consultas, comunicaciones, interconexiones o de transferencias¹³. Por tanto, el tratamiento de datos por un tercero puede comprenderse como toda revelación de datos personales y uso

¹¹ Ejemplo de ello la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

¹² PÉREZ LUÑO, A.E. *Intimidad y protección de datos personales: del Habeas Corpus al Habeas Data*, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 37.

¹³ Art 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LOPDP

sobre ellos realizada por una persona distinta al interesado, es decir, al titular de estos datos personales.

Debemos ser conscientes y tener presente que la utilización de los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos tiene implicaciones importantes en relación con nuestra privacidad. Las *cookies*, por ejemplificar, son herramientas de uso generalizado que permiten el almacenamiento, realizando un servicio prestado a petición individual de un usuario, a título oneroso o no, a distancia y por vía electrónica, siempre que constituya una actividad económica para el editor cuya prestación origina la utilización de las *cookies* ¹⁴.

Este tipo de herramientas pueden servir para fines muy diversos. Entre ellos, reconocer como usuario, obtener información sobre la navegación del usuario o personalizar la forma en la que se le muestra el contenido. Sin embargo, también posibilitan el funcionamiento de las llamadas “redes de seguimiento” a través de las cuales es posible seguir al usuario a medida que va navegando y, no solo eso, sino que muchos casos, resultan muy difíciles de localizar, visualizar o borrar, convirtiéndose en todo un debate para la doctrina.

A continuación, examinaremos los bienes jurídicos y derechos que se ven afectados por el uso indiscriminado de las informaciones personales.

1. Respeto a la vida privada y derecho a la protección de datos

Nuestra CE establece en el Título I de los Derechos Fundamentales, por un lado, la defensa de los consumidores en el apartado primero y segundo del artículo 51, mediante la imposición a los poderes públicos de la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Además, establece tanto la obligación de promover la información y la educación de los consumidores y usuarios y fomentar sus organizaciones ¹⁵, como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ¹⁶.

¹⁴ Artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI).

¹⁵ Apartado primero y segundo del art 51 CE.

¹⁶ Art 18.1 CE.

Todos estos derechos se recogen en el CEDH ¹⁷. En dicho Convenio se dispone concretamente que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, y se prevé la no intervención de los poderes públicos: “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” ¹⁸.

La privacidad aparece ligada a la intimidad, ambas desarrolladas a costa de la vida pública a lo largo de la historia. Así, de la confrontación entre la idea de libertad y la fuerza del poder público, aparece el derecho a la intimidad como un conjunto de poderes y facultades para limitar el poder del Estado y proteger la esfera más personal del individuo.

Entendemos la intimidad como un derecho fundamental de control por parte del titular de los datos e información relativos a la propia persona, y, de un modo negativo, como una forma de exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a cada persona ¹⁹. Como se puede observar, el contenido del derecho a la intimidad que predomina en este ámbito de los datos personales es el negativo, protegiendo aquella parte de la vida personal y familiar que queremos mantener a salvo de la injerencia ajena. Sin embargo, no nos permite garantizar de manera plena la libertad y dignidad de los individuos frente al tratamiento de informaciones personales.

La constatación de esta falta de garantía ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia, a elaborar un nuevo derecho fundamental con contenido propio y distinto al derecho a la intimidad y, a modo de contraposición, con un carácter predominantemente positivo, el derecho a la autodeterminación informativa. De acuerdo a LACRUZ dicho derecho se configura como un derecho de la personalidad y oponible *erga omnes* ²⁰.

¹⁷ Art 8.1 CEDH.

¹⁸ Apartado segundo del citado artículo 8 del CEDH.

¹⁹ O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991, p. 87

²⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derechos Civil, I. Parte General. Vol. II: Personas*. Ed. Dykinson, 2000. Págs. 105-109

La distinción entre intimidad y privacidad aparece en la propia LOPD. Esta ley explica de manera muy clara cómo mientras la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado ²¹.

Mención especial merece la Sentencia de 15 de diciembre de 1983, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la que se perfila, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la facultad de cada individuo de disponer sobre la revelación y el uso de sus datos, esto es, el poder de disposición de los datos propios que, posteriormente, recibiría el nombre de derecho a la autodeterminación informativa. Asimismo, el Tribunal alemán puso en el punto de mira el hecho de que el peligro para el derecho a la autodeterminación informativa no se encontraba en el carácter del dato ya sea íntimo o no, sino en su utilidad y aplicación por otros.

Lo que resulta importante, entonces, es la finalidad con la que se obtienen los datos y las posibilidades que existen para su tratamiento por los responsables. Solo en este caso podremos hablar de la licitud o no de las restricciones a tal derecho. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, en el asunto C-131/12, determinó que el carácter personal de los datos viene determinado porque estos conciernen a la persona, no por ser una información a través de la cual se puede identificar a la misma.

A modo de cierre, resulta necesario mencionar qué entiende la normativa comunitaria por datos personales. El Reglamento 2016/679 los define como toda información, ya sea de naturaleza objetiva (por ejemplo, un número identificativo) o subjetiva (por ejemplo, los datos que en el banco determinan la fiabilidad de un cliente), que permitan la identificación directa de un sujeto sin necesidad de tratamiento, identificado, o potencial tratamiento, identificable, esto es, cualquier persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente mediante un tercero ²².

²¹ Exposición de motivos LORTAD.

²² Art 4.1 Reglamento 2016/679 con remisión al art 2.8 de la Directiva 2019/770.

2. Requisitos para el tratamiento de datos personales ajenos, con especial referencia al consentimiento como presupuesto habilitante

Es el Reglamento 2016/679 el que regula los principios de todo tratamiento de datos personales ajenos y, en consonancia con él, la LOPD ²³. El legislador tiene la obligación legal de limitar el uso de la informática para asegurar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como sus derechos, lo cual puede servir de equilibrio entre los intereses en tensión: por un lado, el derecho de control de los consumidores por sus propios datos de carácter personal y, por otro, la autonomía de la voluntad en la utilización de los medios informáticos; cuestión muy debatida por la doctrina. Así pues, los principios recogidos en el Reglamento 2016/679 se entienden como obligaciones para los responsables de tal tratamiento. Examinemos estos principios:

- Principio de licitud. Se considera que el tratamiento será lícito cuando el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines concretos; o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte, para proteger intereses vitales del interesado o de un tercero, para el cumplimiento de un interés general público o, para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable o por un tercero ²⁴.

- Principios de lealtad y transparencia. Ambos principios se encuentran muy conectados entre sí y conllevan la necesidad de dar información sobre el destino y utilización que va a darse a los datos personales recabados a la celebración del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, en definitiva, la limitación de la finalidad. La transparencia de la empresa con respecto al consumidor constituye el presupuesto para el ejercicio por parte de este último de sus derechos. Es por ello por lo que debe facilitársele información básica sobre el tratamiento, de forma que los requisitos del contrato deben incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83 ²⁵, formen parte del contrato.

- Principio de exactitud y minimización de datos. Se requiere que los datos sean exactos y actualizados. En caso de que no fuere así, deberá efectuarse la rectificación o eliminación de tales datos. La minimización de datos se prevé con el objetivo de que únicamente se requieran y obtengan los datos de la persona física que resulten

²³ Art 5 Reglamento 2016/679 con remisión a los arts 4,5 y 6 de la LOPD.

²⁴ Art 6 del presente Reglamento.

²⁵ Y de acuerdo con la Ley 3/2014.

necesarios en cada caso concreto, por ejemplo, el contrato de suministros de contenido digitales implica más datos para poder hacer posible el mantenimiento de este durante el tiempo que se prolongue el suministro. Además, este principio de minimización se relaciona con el de conservación de los datos, obligando al empresario a que establezca un plazo de conservación de la información en su poder y, si no fuera posible, los criterios para su determinación ²⁶.

- Deber de integridad y confidencialidad. Estos principios afectan tanto los responsables y encargados del tratamiento como a todas aquellas personas que intervengan en alguna etapa del procedimiento. Se configuran como una obligación ligada a los deberes de secreto profesional que afectan a los empresarios, dependiendo de cuál sea su actividad profesional. Asimismo, implican la adopción de medidas técnicas y organizativas que aseguran la conservación y no transmisión de los datos a terceros sin consentimiento del titular.

- Finalmente, la responsabilidad proactiva del encargado o responsable del tratamiento de los datos en relación con el cumplimiento de las obligaciones que le responden. Sobre estos sujetos recae la carga de la prueba de haber llevado a cabo todas las medidas pertinentes para que se cumplan el resto de los principios.

El consentimiento, por su parte, constituye el centro de todo tratamiento de datos de carácter personal. Ciertamente, se convierte en un presupuesto de licitud del tratamiento de los datos personales ajenos y, a su vez, en la mayor manifestación de la libertad contractual, a pesar de que en ocasiones los mecanismos desarrollados para recabar el consentimiento del consumidor pueden constituir un límite al ejercicio de su autonomía privada.

De acuerdo con el tenor del Reglamento 2016/679, por consentimiento del afectado se entiende “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”²⁷. De dicho precepto podemos deducir que el consentimiento del consumidor ha de cumplir con una serie de presupuestos para producir efectos jurídicos plenos,

a. Consentimiento libre

²⁶ Art 5.1.e) en relación con el art 13.2.a) y 14.2.a) del presente Reglamento.

²⁷ Art 4.11 Reglamento 2016/679.

El consentimiento del afectado ha de ser libre. La libertad supone que la voluntad del individuo se forme de manera espontánea, sin coacción o temeridad. Tradicionalmente, en las empresas se realizaba el envío de una carta a los individuos con los que existía una relación contractual, en la que se les comunicaba que la “falta de manifestación expresa contraria” al tratamiento en un plazo determinado fijado unilateralmente, implicaba consentimiento, de forma que el afectado se veía obligado a aceptar tácitamente si no deseaba sufrir las consecuencias de su actividad. Hoy por hoy, el consentimiento se recaba por medios telemáticos, aunque en ocasiones la situación en la práctica es igual, por ejemplo, a veces aparecen casillas marcadas mediante las cuales el usuario acepta el tratamiento de sus datos personales y, en caso de oponerse a ello, ha de desmarcar dicha casilla.

Estas formas de solicitud del consentimiento han sido tradicionalmente rechazadas por la doctrina. Por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO sostiene que la no aceptación de forma clara y expresa no puede entenderse válida en una contestación a una solicitud de consentimiento²⁸. En otros casos, se admite, pero solo cuando se ocasiona por una petición u oferta de venta o prestación de servicios de telecomunicaciones.

b. Consentimiento informado

Como es lógico en todo consentimiento, este ha de ser consciente, es decir, la voluntad de aceptación del cedente de los datos debe partir del conocimiento por su parte de lo que está haciendo al consentir y de las consecuencias, pues de otro modo, estaría viciado. De esta idea, nace el deber de información precontractual del empresario sobre la finalidad de los datos y que recoge la propia norma²⁹. La información ha de ser entregada a los interesados de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. Esto plantea la duda de si obedece a tales requisitos el hecho de solicitar al consumidor el marcar la casilla “*He leído y acepto la política de privacidad*” para recabar su consentimiento. Puede parecer que lo que facilita, en realidad, es que este acepte el tratamiento de datos sin haber leído los términos del contrato, condición que devendría abusiva³⁰.

c. Consentimiento específico

²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. *El Negocio jurídico*. Ed. Civitas. 1985, págs. 69-70.

²⁹ Arts 13 y 14 Reglamento 2016/679 en relación con el art 11 LOPD.

³⁰ DE BARRÓN ARNICHEs, P. *La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)* (2019). Págs. 58 y 59.

La especificidad implica que el consentimiento va referido al acto concreto del tratamiento de que se trate, así como a las circunstancias del mismo que el empresario le haya comunicado al afectado, esto es, datos que se ceden, finalidad de la cesión y su actividad.

En suma, lo que se trata de evitar son los apoderamientos genéricos que otorguen demasiadas posibilidades a los responsables de estos datos de carácter personal.

d. Consentimiento inequívoco

Finalmente, el consentimiento ha de ser inequívoco, excluyendo aparentemente el consentimiento tácito; razón de debate durante años.

La manifestación del consentimiento no puede dejar lugar a dudas de que, efectivamente, se consiente, por lo que se necesita un medio que permita conocer cuál es el contenido de la voluntad.

Sin embargo, los principios antes mencionados fueron matizados por diversas excepciones, en las que se antepone el interés general, no necesitando el consentimiento en algunos supuestos cerrados; en concreto en los siguientes ³¹,

- a) Cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias.
- b) Cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.
- c) Cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en caso de que se traten de datos reveladores su ideología, religión o creencias.
- d) Cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

³¹ Artículo 6.2 LOPD.

Asimismo, se establece una excepción a la excepción y es que en aquellos supuestos en los que el consentimiento del afectado no sea necesario para el tratamiento de los datos de carácter personal, siempre que una ley no disponga lo contrario, dicho afectado podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos debidos a una concreta situación personal. En ese caso, el responsable del fichero debería excluir del tratamiento los datos relativos al afectado ³².

El propio Reglamento 2016/679 resalta y concreta que el tratamiento será lícito cuando el interesado dé su consentimiento para el uso de sus datos personales en tal operación para uno o varios fines específicos. De esta forma, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, objeto del presente estudio, en los que la contraprestación por dicho suministro sea el tratamiento de los datos de carácter personal del consumidor, la licitud del tratamiento de los datos tendría como base jurídica el consentimiento en los términos previstos para la licitud del tratamiento del art 6.1.a) Reglamento 2016/679, ya mencionado con anterioridad.

Además de ello, el presente Reglamento, dada la menor consciencia del afectado, protege a los niños de manera especial bajo la consagración de sus datos en una categoría especialmente protegida, así en caso menores de 16 años únicamente se considerará válido su consentimiento si este es dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela del menor ³³. No obstante, el presente Reglamento habilita a los Estados a fijar una edad por debajo de los 16 años, siempre que no sea inferior a 13. Nuestro legislador ha hecho uso de esta facultad y la ha establecido en 14 años ³⁴.

En síntesis, podemos afirmar que el consentimiento es, definitivamente, el instrumento técnico jurídico que utilizan tanto el legislador comunitario como nuestro legislador nacional para proteger la intimidad y los datos de las personas.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO UNA CONTRAPRESTACIÓN CONTRACTUAL (Y SUPUESTOS EXCLUIDOS)

³² Art 6.4 LOPD.

³³ Considerando 38 Reglamento 2016/679.

³⁴ Art 7.1 LOPD.

En este contexto, conviene recordar la muy reciente normativa europea sobre contratos de suministro de contenidos digitales³⁵, en la que expresamente se contempla la posibilidad de que el titular de los datos personales los explote y utilice como instrumentos de cambio en el mercado. Si el proveedor de servicios va a tratar los datos del consumidor, entonces la revelación de información personal por parte de éste se considera contraprestación³⁶ y el negocio jurídico sí entrará dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, cuya finalidad es asegurar los derechos de los consumidores, especialmente su derecho a la conformidad de los contenidos digitales adquiridos³⁷.

Dicho esto, los datos personales como objeto del contrato han de cumplir las exigencias del derecho contractual y no únicamente las de la normativa general de protección de datos.

Cabe plantearse si la comercialización de los datos personales puede entrar en conflicto con lo estipulado en el Código Civil (CC, en adelante) ya que el tenor literal del texto determina que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no se encuentren fuera del comercio de los hombres³⁸ y, la CE configura la protección de datos personales como derecho fundamental, por lo que podría pensarse que no han de ser utilizados como moneda de cambio en el mercado³⁹.

Sin embargo, no existe norma a nivel nacional o comunitario que prohíba expresamente la explotación de los datos personales en el tráfico jurídico, al igual que ocurre con otros derechos de la personalidad, como por ejemplo el derecho a la propia imagen. En el caso de los datos personales, el contenido concreto de la contraprestación se correspondería con una obligación de hacer y no de dar, esto es, en que el consumidor cede sus datos al empresario con el fin de que este los use. Y no solo eso, sino que estos datos pueden ser transmitidos a título oneroso a terceros empresarios doblando la rentabilidad obtenida de dichos datos⁴⁰, lo que esboza uno de los principales problemas.

³⁵ La Directiva 2019/770, norma pionera en reconocer la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda hacer uso de ellos como instrumento de cambio en el mercado, configurándolos como una auténtica contraprestación contractual.

³⁶ Art. 3.1 Directiva 2019/770.

³⁷ CÁMARA LAPUENTE, S. *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 (2016).

³⁸ Art 1271 CC.

³⁹ 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*, (2020). Autoridad Civil, Núm. 1, pág. 6.

⁴⁰ El llamado negocio de los *Big Data*, esto es el almacenamiento, tratamiento y transferencia de datos a gran escala a través de las tecnologías de internet.

Por otro lado, se propone la viable gratuidad del contenido o servicio digital a elección del consumidor⁴¹. Se fundamenta, en primer lugar, en que la vinculación del consentimiento del tratamiento de los datos personales a la ejecución de un contrato únicamente debe ocurrir cuando sea necesario para que el suministrador pueda llevar a cabo la prestación a su cargo. Cabría preguntarse si lo ofertado por el suministrador puede tener la consideración de acto de liberalidad en el supuesto de que el usuario se negase al tratamiento de sus datos. Sin embargo, la gratuidad del suministro no implica el ánimo de liberalidad en el suministrador del contenido o servicio digital de que se trate, puesto que la referida gratuidad surge de la obligada opción que ha de darse al usuario y la decisión que tome en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. Por tanto, dadas las diferencias entre acto gratuito, acto de liberalidad y donación⁴², no parece loable considerar que la interpretación del Reglamento origine la transformación de tales contratos onerosos en donaciones.

Entonces, nos cuestionamos si es suficiente la ganancia que el consumidor recibe con el suministro de los contenidos digitales de que se trate. Y es que, resulta muy difícil cuantificar el valor de los datos personales en términos económicos y, por tanto, tambalea unos de los pilares fundamentales de este tipo de contratos: la información precontractual que ha de darse al titular de los datos. Téngase en cuenta que se trata de un contrato sinalagmático, y, por ello, debe cuantificarse el valor del intercambio que se realiza entre las partes para evitar desigualdades.

No obstante, se ha de advertir que no toda cesión que realice el consumidor de algunos de sus datos personales ha de calificarse como la contraprestación que este asume en el contrato. En efecto, debemos tener en cuenta que la transmisión de aquella información necesaria para la perfección y el cumplimiento de la relación contractual, siempre y cuando sólo se utilice para estos fines, no la podemos calificar como contraprestación⁴³. Tampoco los casos en los que se recaban datos en cumplimiento de alguna disposición legal, por ejemplo, cuando la cesión de datos personales por parte del consumidor tenga

⁴¹ En consideración con el art. 7.4 Reglamento 2016/679.

⁴² DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I. *El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario* (2020). Revista de Derecho Privado. Págs. 112 a 114.

⁴³ Art 3.1 Directiva 2019/770 en relación con el art 59.4 Ley 3/2014.

como fin el correcto cumplimiento de las prescripciones legales previstas por motivos de seguridad e identificación ⁴⁴.

Así las cosas, existen dos exclusiones a la hora de considerar los datos personales como contraprestación contractual. Por una parte, la cesión de datos que sean necesarios para el suministro digital por parte del empresario y, por otra parte, la cesión de datos personales cuando su objeto sea el cumplimiento de una disposición legal por motivo de seguridad e identificación.

La consecuencia es la no aplicación de la Directiva 2019/770 y, consecuentemente, de los medios de protección previstos en ella. Sin embargo, para que estas cesiones estén en regla el empresario en ningún caso podrá usar los datos personales facilitados con un fin distinto.

V. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO UNA CONTRAPRESTACIÓN CONTRACTUAL

Una vez admitida la cesión de datos personales como contraprestación contractual en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, han surgido una serie de interrogantes. Uno de ellos es qué sucede si los datos personales que cede el consumidor no son verdaderos, pues este podría crear unos datos falsos e incluso una identidad personal falsa. ¿Estaría en tal supuesto incumpliendo su obligación principal y, en consecuencia, podría el empresario resolver el contrato? ⁴⁵

Otra de las cuestiones objeto de debate y que ya hemos adelantado es el valor económico de los datos personales debido a la dificultad que presenta el cuantificar este nuevo medio de pago y que proporciona tan alta rentabilidad a muchas empresas del mercado. Muestra de ello, los Big Data, ya mencionados⁴⁶. Pero la industria de los Big Data resulta opaca, pues, a pesar de ser conocida por muchos de nosotros, poco se sabe cuánto se paga por estos datos.

⁴⁴ Así lo recoge la Directiva 2019/770 en su artículo tercero.

⁴⁵ GARCÍA HERRERA, V. *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* (2020). Actualidad Civil, Nº 1, Wolters Kluwer, pág. 8

⁴⁶ MARTÍNEZ CALVO, J. *Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro y servicios digitales*. Artículo publicado vía InDret y obtenido mediante la Biblioteca de Unizar.

Respecto al momento y forma de cesión de datos personales del consumidor, nace una pregunta: cuándo se entendería perfeccionado este tipo de contrato, puesto que la cesión de datos personales distingue dos momentos fundamentales en la vida del dato, por un lado, la captura o recolección y, por otro, el momento propiamente en que se lleva a cabo el tratamiento o procesamiento ⁴⁷.

Con todo, lo que trataremos en este estudio principalmente es la exigibilidad de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. En una primera aproximación, al estar frente a la cesión de datos personales como una auténtica obligación contractual, esta debería ser siempre exigible por la otra parte, de acuerdo con lo establecido en el art 1.256 CC. No obstante, el interesado tiene derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento sin afectar a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada ⁴⁸. Surgen diversas cuestiones prácticas: ¿qué consecuencias tendría esta retirada del consentimiento por parte del consumidor en aquellos contratos en los que la contraprestación por el servicio digital es, precisamente, estos datos personales?, ¿qué ocurrirá si el proveedor ya ha hecho uso de esos datos y han sido tratados?, ¿se entendería que el usuario ha pagado el precio del servicio y, por tanto, puede seguir accediendo al contenido, a pesar de haber retirado el consentimiento?

1. Ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor.

El derecho de desistimiento se regula en la Directiva 2011/83⁴⁹ y, en su correspondiente transposición en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2014. Introdujo este derecho de desistimiento en favor del consumidor, pero limitando su uso a aquellos supuestos en los que los contratos sobre contenidos digitales son celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil del empresario. Además, a diferencia del régimen anterior, se prevé un plazo de 14 días naturales ⁵⁰, pudiendo ampliarse 12 meses más desde el momento en que expire el periodo de desistimiento inicial en caso de incumplimiento del deber de información precontractual por parte del empresario ⁵¹, La ampliación de 7 días naturales recogidos anteriormente a los actuales 14, ha supuesto

⁴⁷ CAMPUZANO TOMÉ VIDA, H. *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, pág 83.

⁴⁸ Art 7.3 Reglamento 2016/679.

⁴⁹ Considerando 9 Directiva 2011/83.

⁵⁰ Art 102 y 104 Ley 3/2014 en consonancia con el Considerando 40 de la Directiva 2011/83.

⁵¹ Art 105.2 Ley 3/2014.

un beneficio para el consumidor, pero la prórroga de 12 meses más para los casos de incumplimiento de los deberes de información precontractual⁵² por parte del empresario ha provocado debate en la doctrina, ya que tal sanción supone un alargamiento del plazo del derecho de desistimiento.

Este derecho de desistimiento consolidado ha de cumplir una serie de requisitos que se deducen de su propia definición: “la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”⁵³.

En primer lugar, el contrato ha de celebrarse a distancia o fuera del establecimiento mercantil del empresario. Esto significa que el contrato, por un lado, ha de haber sido celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia y, por otro, sin la presencia física simultánea del consumidor y empresario⁵⁴.

En segundo lugar, el ejercicio de este derecho no puede quedar sujeto a penalización alguna para el consumidor, llegando a considerar nulas las cláusulas que impongan al consumidor sanciones. Esta ausencia de penalización es lo que se denomina inexistencia de penalidad del derecho de desistimiento. Sin embargo, no debemos confundir la penalización con los costes derivados del ejercicio del derecho de desistimiento y que serán asumidos por el consumidor en determinados casos.

En tercer lugar, es una decisión plenamente discrecional del consumidor, no requiere de justa causa, pudiendo ejercitarlo a pesar de que el contenido o servicio digitales cumplan con lo establecido por las partes. Únicamente ha de ser comunicado al empresario.

El fundamento de este derecho reside en evitar situaciones de abuso o desequilibrio entre las partes, previendo que el afectado tiene derecho a conseguir del responsable de sus datos la supresión del tratamiento de estos.

Todo lo explicado puede parecer debatible por su aparente arbitrariedad, sin embargo, responde a la política comunitaria de protección de los consumidores que tiene como

⁵² Arts 10 Directiva 2011/83 y 105 Ley 3/2014.

⁵³ Art 68 Ley 3/2014.

⁵⁴ Art 92.1 de la Ley 3/2014, nuevamente.

interés la promoción de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, favoreciendo a los consumidores. El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales provoca la extinción de la obligación de ejecutar el contrato en cuestión o, de celebrar el presente contrato cuando el consumidor haya recibido una oferta.

Como vemos, se trata de un medio de reforzamiento de los deberes de información precontractual de los que hemos hablado a lo largo del estudio.

Tanto la Directiva 2011/83 como la Ley 3/2014 excluyen el derecho de desistimiento en algunos casos en función de si los contenidos digitales se suministran en soporte material o electrónico. En el primer caso, el derecho de desistimiento quedará excluido desde el momento en que el consumidor desprezante dicho soporte material⁵⁵. En el caso de que el contenido se suministre de manera *online* este derecho no podrá ser ejercitado cuando la ejecución haya comenzado con el consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia perderá su derecho de desistimiento⁵⁶. Es decir, en este último supuesto, debe haber comenzado la ejecución del contrato con consentimiento expreso y previo del consumidor y, que este sea consciente de que manifestando tal consentimiento perdería el derecho de desistir

En cuanto a las consecuencias del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, debe distinguirse de nuevo entre los suministrados en soporte material u *online*. En el caso de los suministrados en soporte material, los costes derivados del ejercicio de tal derecho recaen sobre el consumidor, siendo eximido de tales gastos solo en los casos en que el empresario decida hacerse cargo de ellos o el consumidor no haya sido informado por el empresario de que le correspondía asumirlos⁵⁷.

2. La revocación del consentimiento por parte del consumidor.

Tradicionalmente, la revocación se ha definido como el negocio jurídico unilateral y recepticio a través del cual se deja sin efecto la declaración de voluntad emitida

⁵⁵ Art 103.i) Ley 3/2014.

⁵⁶ Art 103.m) Ley 3/2014.

⁵⁷ Art 108 Ley 3/2014.

anteriormente en aquellos casos en que así lo prevé la ley. Esta figura se dispone ante el consumidor como una facultad concedida por la Ley, como excepción al principio de irrevocabilidad del negocio jurídico y se aplica a las obligaciones duraderas respecto de las cuales no se ha fijado plazo alguno. Sin embargo, existe un sector de la doctrina que sostiene que no es necesaria la concurrencia de tal carácter, sino que la facultad revocatoria se concede por la norma a quien ostenta un interés prevalente ⁵⁸.

La Directiva 2019/770 y el Reglamento 2016/679 prevén el derecho a revocar el consentimiento afirmando que este siempre es revocable, a pesar de que no tiene efectos retroactivos respecto a las cesiones que se realizaron mientras el consentimiento se prestó. Este efecto *ex nunc* de la revocación se completa con la no exigencia de justa causa para poder revocar. Respecto a esta justa causa, su inclusión como límite de la voluntad revocatoria del afectado ha sido muy criticada, pero a pesar de ello la Ley es muy convincente declarando que las cesiones de datos son revocables sin necesidad de que concurra justa causa alguna que restrinja esta posibilidad, debiendo recogerse expresamente en la norma para poder ser límite ⁵⁹. Lo que no quita para que, desde el punto de vista contractual, este derecho pueda entrar en conflicto con el artículo 1.256 CC, por el cual se dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Sin embargo, parece una herramienta válida si el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se revoca dentro del plazo establecido de catorce días, a partir del cual la situación se hace más difícil de solventar en caso de que el consumidor quiera resolver el contrato de manera unilateral, lo cual podría suponer una vulneración del presente artículo del CC.

Al igual que ocurre en el derecho de desistimiento, el derecho a revocar el consentimiento no puede ser excluido o limitado por el empresario de forma alguna. En relación con ello, la norma de protección de datos prevé que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es siempre revocable y que, además, el titular de los datos que revoca el consentimiento no podrá sufrir ningún perjuicio por ello. Sin embargo, esto nos plantea la siguiente cuestión: revocar el consentimiento para el

⁵⁸ MESSÍA de la CERDA BALLESTEROS, J.A. *La cesión o comunicación de datos de carácter personal* (1ª ed) página 253.

⁵⁹ El derecho de oposición, previsto en el art 34 RLOPD, se diferencia del derecho de revocación en que, mientras en el primero el consumidor pretende que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos personales o se cese en su uso manifestándose contrario a ello sin necesidad de que este haya prestado consentimiento, en el segundo se da una vez que el consumidor ha prestado su consentimiento.

tratamiento de sus datos podría suponer un incumplimiento del contrato, pues la contraprestación a su cargo es ceder sus datos.

Por tanto, el empresario podría resolver el contrato (por incumplimiento del consumidor), pero no se le podría imponer una indemnización por daños y perjuicios (precisamente, porque la norma establece que no puede sufrir ningún tipo de perjuicio por revocar el consentimiento).

Sin embargo, parece ser que existen supuestos en los que el consumidor podría revocar el consentimiento sin que fuera constitutivo de incumplimiento. Esto puede ocurrir cuando ambas partes hayan cumplido con sus respectivas obligaciones y el consumidor revoque el consentimiento de posteriores tratamientos, ya que normalmente, la cesión de datos personales no suele realizarse para un tratamiento de datos personales puntual o esporádico⁶⁰.

4. Efectos del incumplimiento del contrato.

El legislador ha establecido un único régimen del incumplimiento para el conjunto de contratos sobre contenidos y servicios digitales, lo cual tiene como ventaja que la normativa pueda adaptarse a los cambios que continuamente se van produciendo en esta materia debido a los avances tecnológicos. Pero el régimen establecido es impreciso e incompleto, remitiendo constantemente a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

A continuación, me voy a referir por separado a los casos en los que el incumplimiento contractual viene de parte del consumidor y aquellos en los que es el empresario quien incumple el contrato ⁶¹.

3.1. Incumplimiento del consumidor.

Podemos encontrarnos con varios supuestos de incumplimiento, puede ser que el consumidor no facilite al empresario el acceso a sus datos personales en los términos

⁶⁰ MARTÍNEZ CALVO, J. *Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro y servicios digitales*. Artículo publicado vía InDret y obtenido mediante la Biblioteca de Unizar.

⁶¹ Siguiendo para ello a: MARTÍNEZ CALVO, J. *Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro y servicios digitales*.

establecidos en el contrato o bien, que los datos personales proporcionados no sean veraces o estén incompletos.

En estos supuestos, la Directiva 2019/770 no prevé las consecuencias de estos incumplimientos, por lo que debemos atender a nuestra normativa nacional, y teniendo en cuenta el artículo 1.124 CC, el empresario podría optar entre resolver el contrato o exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación contractual, en ambos supuestos el empresario podrá exigir al consumidor el resarcimiento de daños y el abono de intereses.

Sin embargo, la normativa de protección de datos personales establece que el consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales ha de prestarse de forma libre, por lo que parece que el empresario solo tiene una opción, resolver el contrato.

3.2. Incumplimiento del empresario.

El incumplimiento del deber de informar de forma precisa sobre la finalidad a la que se vayan a destinar los datos que se ceden y la actividad a la que se dedica el cesionario, determina la anulabilidad del consentimiento prestado, en cuanto la falta de información puede ocasionar error en el afectado. Este es el caso del desistimiento especial que ha sido ya nombrado ⁶². El mismo se produce cuando el vendedor o empresario no cumple con su deber de información precontractual.

De esta forma, el consumidor puede resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en el que los datos fueron cedidos. Sin embargo, la Ley permite al empresario subsanar esta falta de información en caso de que este la facilite al consumidor en dicho plazo de tres meses. Ahora bien, parece que, si el afectado se decide por resolver el contrato por incumplimiento de este deber de información por culpa del empresario, este último no podrá exigir que aquel se haga cargo de los gastos. Por todo ello, esta figura resulta más próxima a un efecto que prevé la Ley como sanción por el incumplimiento culpable del vendedor de sus obligaciones contractuales.

Otro supuesto se produce cuando el empresario incumple su obligación contractual, una vez el consumidor ha prestado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Ante ello, el consumidor podría compelerle para que cumpla sin demora

⁶² Véase epígrafe V.1.

alguna y si el empresario no hace caso a tal requerimiento sin demora o en el plazo que hayan pactado las partes, el consumidor podrá resolver el contrato inmediatamente⁶³.

Puede ocurrir que el empresario cumpla, pero no de la forma en la que se prevé en el contrato⁶⁴, y que, por tanto, no se entienda satisfecha la prestación, pudiendo el consumidor, igualmente, exigir que el primero cumpla con su obligación, así como se le aplique una reducción del precio o se resuelva el contrato⁶⁵. Aunque ello no tiene mucho sentido en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales debido a que hay que tener en cuenta que el precio que el consumidor paga consiste en la cesión de sus datos, por lo que no cabría la reducción del precio, pues sería difícil pensar en reducir los datos que el consumidor ha cedido al empresario.

Además, en caso de que el consumidor opte por la resolución del contrato en alguno de los supuestos expuestos, el empresario ha de abstenerse de continuar con el tratamiento de los datos personales del consumidor, es decir, ha de cesar en el tratamiento. Además, ha de poner a disposición del consumidor en un plazo razonable los contenidos que ese ha podido crear o almacenar durante la utilización de los servicios.

El problema se nos plantea con la orden de cesar en el tratamiento de los datos del consumidor y, es que, aunque el empresario cese en su uso actual, nada impide a que lo haga en un futuro próximo.

Así pues, en el caso en el que se descubra que el empresario ha obtenido beneficio con el tratamiento de los datos personales del consumidor durante el tiempo que ha transcurrido entre la celebración del contrato y su resolución por parte del consumidor, y, la resolución sea imputable al empresario, a diferencia de lo que ocurre con el consumidor, cabría establecer una compensación económica directa, pero solo si efectivamente se ha podido acreditar tal beneficio.

⁶³ Art 13.1 Directiva 2019/770.

⁶⁴ Arts 7 y 8 Directiva 2019/770.

⁶⁵ Considerando 62 de la Directiva 2019/770, nuevamente.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La aparición del mercado de bienes y servicios digitales se ha convertido en uno de los protagonistas del tráfico jurídico actual. En concreto, el intercambio de datos personales como medio de pago en el ámbito digital ha supuesto un nuevo reto para nuestros legisladores.

SEGUNDA.- En el panorama legislativo actual confluyen dos normativas distintas: en materia de consumo a nivel comunitario, nos encontramos con la Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores y la Directiva 2019/770, sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Mientras que, en el ámbito nacional, tenemos la transposición de la Directiva 2011/83 a través de la Ley 3/2014 (TRLGDCU). En materia de protección de datos personales, disponemos de la Directiva 2002/58, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad, y, el Reglamento 2016/679 (RGPD). A nivel nacional, la Ley 3/2018 (LOPD).

TERCERA.- El Reglamento 2016/679 ha regulado una serie de principios que todo tratamiento de datos ha de cumplir con el fin de asegurar el respeto a la vida privada y el derecho a la protección de dichos datos personales. Estos son el principio de licitud, lealtad y transparencia, exactitud y minimización de datos, integridad y confidencialidad y, responsabilidad proactiva. Asimismo, el consentimiento se fija como centro de todo tratamiento, a excepción de unos supuestos expresos en los que no se requiere y, otros a los que se considera datos de carácter especialmente protegidos que demandan un consentimiento particular por tal consideración.

CUARTA.- En cuanto a la consideración o no de los datos personales como contraprestación contractual, parece claro que ya forman parte del tráfico jurídico debido a la falta de prohibición expresa y al reconocimiento como tal por la Directiva 2019/770. De esta forma, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que el consumidor cumple con su obligación cediendo determinados datos de carácter personal al empresario o responsable, se configuran como contratos onerosos.

Ahora bien, se recogen dos exclusiones a la hora de considerar los datos personales como contraprestación: cuando los datos sean necesarios para el suministro digital y cuando su objeto sea el cumplimiento de una disposición legal.

QUINTA.- Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que se ceden datos personales por parte del consumidor al empresario han suscitado ciertas cuestiones prácticas como qué ocurre si el consumidor decide ejercitar su derecho de desistimiento, una vez que los datos están a disposición del empresario. El empresario, en todo caso habrá de abstenerse de continuar con cualquier tipo de tratamiento. La solución es diferente según el contrato se haya suministrado en soporte material, pues el consumidor habrá de acarrear con los costes derivados del ejercicio del derecho, mientras que, en caso de haber sido suministrados de manera *online*, generalmente el consumidor será exonerado de tal pago.

En relación con la revocación del consentimiento por parte del consumidor, puede entenderse como un incumplimiento del contrato. Sin embargo, el empresario no puede compelerle para que cumpla, ya que la normativa de protección de datos prevé que el consentimiento para su tratamiento ha de prestarse libremente, lo que supone que la única opción a disposición del empresario será resolver el contrato. Además, se rechaza que el consumidor pueda sufrir cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de la retirada del consentimiento para el tratamiento de sus datos, por lo que en estos supuestos tampoco cabrá el establecimiento de una indemnización por daños y perjuicios.

En cambio, cuando el incumplimiento proceda de la falta de cumplimiento del empresario, el consumidor podrá compeler su cumplimiento y, en caso de que el empresario persiste, podrá resolver el contrato.

VII. BIBLIOGRAFÍA

MARTINEZ, J. *Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*. InDret 4.2021

PÉREZ LUÑO, AE. *Intimidad y protección de datos personales: del Habeas Corpus al Habeas Data*, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 37

O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I. *El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario* (2020). *Revista de Derecho Privado*.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derechos Civil, I. Parte General. Vol. II: Personas* (2000). Ed. Dykinson,

CAMPUZANO TOMÉ, H. *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. *Tratamiento de datos personales y Derechos Fundamentales. Segunda edición*.

MESSÍA de la CERDA BALLESTEROS, J.A. *La cesión o comunicación de datos de carácter personal* (1ª ed).

DE BARRÓN ARNICHES, P. *La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)* (2019).

MARTÍNEZ VELENCOSO, L y SANCHO LÓPEZ, M. *El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?* InDret 1.2018.

GARCÍA HERRERA, V. *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 (2020). Actualidad Civil, Nº 1, Wolters Kluwer

SÁNCHEZ LERÍA, R. *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*, (2018). Revista de Derecho Patrimonial, Editorial, Aranzadi S.AU.

Webgrafía

<file:///C:/Users/Home/Downloads/5226-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8426-1-10-20200305.pdf>

https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

https://mpr.sede.gob.es/pagina/index/directorio/proteccion_de_datos

[Derechos del consumidor | Ministerio de Consumo](#)

[Guía sobre el uso de las cookies \(aepd.es\)](#)

[El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado \(europa.eu\)](#)

https://secretariageneral.ugr.es/pages/proteccion_datos/cesion-de-datos-nuevo

[BOE-055 Protección de Datos de Caracter Personal.pdf](#)

<https://www.loyra.com/reglamento-general-de-proteccion-de-datos-analisis-sobre-las-novedades-que-impone-a-las-empresas/>

<https://www.sepin.es/revistas-digitales/proteccion-de-datos/info-revista.asp?cde=90>

<https://www.ga-p.com/publicaciones/novedades-operadas-en-el-regimen-de-ejercicio-del-derecho-de-desistimiento-en-los-contratos-celebrados-a-distancia-y-fuera-de-establecimiento-mercantil-por-el-real-decreto-ley-24-2021-de-2-de-noviemb/>