

DUALIDAD NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS
CONTRATOS “GRATUITOS” DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS
Y SERVICIOS DIGITALES: LA NECESARIA ARMONIZACIÓN ENTRE
LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679*

*DUALITY IN THE REGULATION OF “FREE” CONTRACTS FOR THE
PROVISION OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES: THE NECESSARY
HARMONISATION BETWEEN DIRECTIVE (EU) 2019/770 AND
REGULATION (EU) 2016/679*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1168-1185

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



Javier MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: La configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales por parte de la Directiva (UE) 2019/770 puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal. Y es que, el Reglamento (UE) 2016/679 prevé, por un lado, que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de prestarse libremente, lo que excluiría su exigencia coactiva por parte del empresario en caso de incumplimiento del consumidor; y, por otro lado, que el consentimiento ha de poder revocarse libremente, lo que supondría un incumplimiento contractual por parte del consumidor.

PALABRAS CLAVE: Directiva (UE) 2019/770; Reglamento (UE) 2016/679; datos personales; consentimiento; revocación.

ABSTRACT: *The configuration of the consumer's personal data as a consideration in contracts for the provision of digital content and services by Directive (EU) 2019/770 may conflict with the provisions of personal data protection law. Regulation (EU) 2016/679 provides, on the one hand, that consent to the processing of data must be freely given, which would exclude its coercive requirement by the entrepreneur in the event of breach by the consumer; and, on the other hand, that consent must be freely revocable, which would imply a breach of contract by the consumer.*

KEY WORDS: *Directive (EU) 2019/770; Regulation (EU) 2016/679; personal data; consent; revocation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679. III. EL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR PARA LA CESIÓN DE SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 1. La emisión de un consentimiento libre como presupuesto de la licitud del tratamiento de los datos personales. 2. Remedios frente al incumplimiento del consumidor: tensión entre cumplimiento coactivo y consentimiento libre. IV. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES CEDIDOS A MODO DE CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 1. El derecho del titular de los datos personales a revocar libremente el consentimiento prestado para su tratamiento. 2. La revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales como incumplimiento contractual. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando navegamos por internet celebramos infinidad de contratos que, pese a tener apariencia de gratuidad, en realidad están sujetos al pago de una contraprestación. Es lo que ocurre con muchos de los contratos de adquisición de contenidos y servicios digitales, pues, aunque es frecuente que el consumidor no deba pagar un precio, ello no significa ni mucho menos que el acceso a los mismos sea gratuito. Lo que ocurre es que la contraprestación que ha de llevar a cabo el consumidor no consiste en el pago de un precio sino en la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario.

En muchos casos ni siquiera se es consciente de que se está celebrando un contrato y entregando los propios datos personales como contraprestación. Es lo que sucede cuando se aceptan las denominadas *cookies*, que son ficheros que se instalan en el ordenador del usuario y permiten acceder a un importante volumen de datos, proporcionando importantes beneficios a quien los recaba.

Durante mucho tiempo, el legislador no se ha ocupado específicamente de esta cuestión, quedando huérfana de regulación, lo que ha supuesto una situación de cierta desprotección para el consumidor. Y es que, pese a estar celebrando contratos que habrían de ser calificados como onerosos, no ha podido servirse de los remedios previstos por la normativa para este tipo de contratos.

Por ello, he de admitir desde ya el mérito de la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante: Directiva (UE) 2019/770), que ha reconocido por vez primera el carácter oneroso de los contratos de intercambio de contenidos y servicios digitales por datos

• **Javier Martínez Calvo**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Acreditado Profesor Contratado Doctor. Correo electrónico: javiermc@unizar.es.

personales, al configurar la cesión de datos personales por parte del consumidor como una verdadera contraprestación contractual; ampliando de este modo el marco protector del consumidor digital online.

Sin embargo, no todo son luces en el camino, pues la nueva normativa presenta algunos desajustes en relación a la legislación de protección de datos personales. De hecho, el Supervisor Europeo de Protección de Datos lo puso de relieve expresamente en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 25 de junio de 2017¹, en el que advertía de los problemas que puede plantear la configuración de la cesión de los datos personales como una contraprestación contractual, debido a las dificultades de conciliación entre la nueva normativa y la legislación existente en materia de protección de datos de carácter personal; y proponía que la cuestión fuera regulada de forma unitaria en 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 (en adelante: Reglamento (UE) 2016/679).

No obstante, el legislador comunitario optó por hacer caso omiso a las mencionadas advertencias y recomendaciones y siguió adelante con la tramitación del texto que daría lugar a la Directiva (UE) 2019/770, lo que ha derivado en una situación de dualidad normativa en la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales. Y, como ya he adelantado, ello ha provocado que existan algunas discordancias normativas. Y es que, aunque la Directiva ha tratado de adelantarse a las mismas y salvarlas proclamando el carácter prevalente del Reglamento, lo cierto es que ello no resulta suficiente para dar coherencia al sistema, pues deja sin resolver cuestiones importantes en el ámbito contractual.

El principal problema que se plantea es que la regulación que hace el Reglamento (UE) 2016/679 de los datos personales no casa bien con su configuración como contraprestación contractual, algo que se hace especialmente evidente en lo relativo a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales; y este es precisamente el aspecto en el que me voy a centrar en las siguientes páginas. Pero antes, haré una breve referencia a la relación existente entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679, pues ello permitirá al lector seguir mejor el desarrollo posterior.

¹ Disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 27/08/2021).

II. LA RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA (UE) 2019/770 Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679

Como adelantaba en el apartado introductorio, la Directiva (UE) 2019/770 ha tratado de anticiparse a las dificultades de conciliación que pueden existir entre el contenido de su parte dispositiva y las previsiones recogidas en la normativa de protección de datos personales. Y lo ha hecho declarando el carácter prevalente de la normativa de protección de datos. Así se deduce claramente de sus Considerandos 37, 48 y 69:

El primero de ellos dispone que “(...) la presente Directiva se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679 así como de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicho marco se aplica a cualquier dato personal tratado en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Por consiguiente, los datos personales solo deben recogerse o tratarse de otro modo de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo”.

Por su parte, el Considerando 48 prevé que “el Reglamento (UE) 2016/679 o cualquier otra norma del Derecho de la Unión en materia de protección de datos debe aplicarse plenamente al tratamiento de datos personales en relación con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Además, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección de los derechos, obligaciones y acciones extracontractuales que se recogen en el Reglamento (UE) 2016/679”.

Finalmente, el Considerando 69 señala que “cuando el consumidor facilite datos personales al empresario, el empresario debe respetar las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 (...)”.

También en su articulado pone de manifiesto el carácter prevalente de la normativa existente en materia de protección de datos. En concreto, el art. 3.7 prevé que “en caso de conflicto de cualquiera de las disposiciones de la presente Directiva con una disposición de otro acto de la Unión que regule un sector u objeto específicos, la disposición de ese otro acto de la Unión prevalecerá sobre la presente Directiva” y en su art. 3.8 señala de forma más específica que “el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo”.

III. EL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR PARA LA CESIÓN DE SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

I. La emisión de un consentimiento libre como presupuesto de la licitud del tratamiento de los datos personales

Dispone el Considerando 24 de la Directiva (UE) 2019/770 que "el Derecho de la Unión relativo a la protección de los datos personales establece una lista exhaustiva de motivos legales para el tratamiento lícito de los datos personales", por lo que el tratamiento de los datos personales² solo será lícito cuando concurra alguna de dichas circunstancias.

Pero los motivos legales concretos que amparan el tratamiento de los datos personales no están recogidos por la Directiva (UE) 2019/770, pues como señala en su Considerando 38 "la presente Directiva no debe regular las condiciones para el tratamiento lícito de datos personales, por cuanto esta cuestión está regulada, en particular, por el Reglamento (UE) 2016/679. Por consiguiente, todo tratamiento de datos personales en relación con un contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales. Cuando el tratamiento de datos personales esté basado en el consentimiento, en particular con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679, son de aplicación las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para valorar si el consentimiento se presta libremente. La presente Directiva no debe regular la validez del consentimiento prestado (...)".

Por tanto, será preciso acudir al Reglamento (UE) 2016/679, que en su art. 6.1 a) considera lícito el tratamiento de los datos personales cuando "el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos". Este es precisamente el aspecto que nos interesa en el presente trabajo, pues en la tipología de contrato que estoy analizando el consentimiento del consumidor actúa como presupuesto de la licitud del tratamiento de sus

2 De acuerdo al art. 4.2 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos personales consiste en cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción. En términos semejantes se pronunciaba la Directiva (UE) 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 (en adelante: Directiva (UE) 95/46) en su art. 2 b), así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en su art. 3 c).

datos personales por parte del empresario, que en este caso asume el rol de responsable del tratamiento³.

La validez del consentimiento para el tratamiento de los datos personales estará condicionada por la concurrencia de una serie de requisitos, recogidos en el art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, que prevé que el consentimiento habrá de consistir en una “manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. En términos muy semejantes a lo dispuesto en el art. 6.1 de nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴ (en adelante: LOPD).

Como puede observarse, uno de los requisitos para que el consentimiento pueda considerarse válido es que sea emitido de forma libre. Y para valorar este aspecto, el art. 7.4 del Reglamento (UE) 2016/679 tiene especialmente en cuenta “el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”. Una idea prevista también en su Considerando 42: “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar (...) su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”; así como en el art. 6.3 LOPD: “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”.

El problema es que, de acuerdo a lo anterior, puede plantear dudas que en el tipo de contratos que estamos analizando el consentimiento pueda considerarse prestado libremente. Téngase en cuenta que la contraprestación que lleva a cabo el consumidor a cambio del suministro de contenidos y servicios digitales consiste precisamente en la cesión de sus datos personales, por lo que la emisión del consentimiento para su tratamiento resulta ineludible si quiere acceder a dichos contenidos o servicios.

3 El art. 4.7 del Reglamento (UE) 2016/679 considera responsable del tratamiento a la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determina los fines y medios del tratamiento.

4 La actual LOPD sustituyó a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (que había transpuesto a nuestro ordenamiento nacional la Directiva (UE) 95/46 y que sustituyó a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)) y cuyo principal objetivo era la adaptación de nuestra normativa interna al Reglamento (UE) 2016/679 (art. 1 a)).

Si atendemos al carácter prevalente del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva (UE) 2019/770 es evidente que el consumidor puede negarse a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal, pero ¿aun así tendría derecho a adquirir los contenidos o servicios digitales de que se trate?

Una respuesta afirmativa a dicha pregunta sería tanto como hacer recaer en el consumidor la decisión acerca de la gratuidad u onerosidad del contrato⁵, de modo que, si el consumidor se niega a prestar consentimiento, el contrato, inicialmente oneroso, pasaría a convertirse en gratuito, pues el consumidor no llevaría a cabo ninguna contraprestación a cambio de la adquisición de los contenidos o servicios digitales. Pero ello contravendría lo dispuesto en el art. 1256 de nuestro Código Civil (en adelante CC), que, como sabemos, prevé que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Quizá la explicación pudiera encontrarse en que, en aquellos casos en los que la cesión de los datos personales del consumidor se configura como una de las prestaciones del contrato, habría que considerar que la emisión del consentimiento constituye una condición necesaria para la ejecución del mismo en los términos previstos en los arts. 7 del Reglamento (UE) 2016/679 y 6.3 LOPD. No obstante, dicha interpretación me genera serias dudas, pues parece que cuando la ley dice que el tratamiento ha de ser necesario para la prestación del servicio, lo hace más bien desde una perspectiva técnica, de modo que se referiría a aquellos supuestos en los que el empresario precise de tales datos para poder suministrar al consumidor los contenidos o servicios digitales de que se trate.

Otro de los requisitos para que el consentimiento resulte válido es que sea específico, informado e inequívoco. Ello excluye desde luego el consentimiento presunto⁶, y, a mi modo de ver, también el tácito. De hecho, creo que dicha postura queda reforzada por lo dispuesto en el Considerando 32 del Reglamento (UE) 2016/679: "el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (...) o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (...)". Y a tal fin, el Considerando 42 del Reglamento

5 Vid. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 4, pp. 110 y ss.

6 Vid. MARTÍNEZ ROJAS, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, p. 62.

(UE) 2016/679 prevé que debe proporcionarse al titular de los datos personales “(...) un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales (...)”. Además, el art. 7.2 del Reglamento (UE) 2016/679 señala que “si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento”.

Y cuando se trata de menores de edad, el Reglamento (UE) 2016/679 prevé algunas reglas específicas para la validez del consentimiento. En concreto, su art. 8.1 dispone que “cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó”. La justificación se encuentra en que, tal y como dispone el Considerando 38 del Reglamento (UE) 2016/679, los menores “merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño”.

Ahora bien, el propio art. 8.1 del Reglamento (UE) 2016/679 admite que los Estados miembros puedan establecer una edad inferior a los 16 años para que los menores puedan consentir por sí mismos el tratamiento de sus datos personales, siempre que dicha edad no sea inferior a 13 años. Y nuestra LOPD ha hecho uso de la mencionada facultad y en su art. 7.1 reduce el límite de edad a 14 años: “el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”, salvo que “la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento” (art. 7.1 LOPD).

Obviamente, cuando se trate de menores de 14 años, el tratamiento de los datos "fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela" (art. 7.2 LOPD).

Finalmente, existen algunos datos especialmente protegidos por la normativa, dado su carácter sensible y su pertenencia a la esfera más íntima de la persona. Al respecto, señala el art. 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 que "queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física". Es cierto que, en su párrafo segundo, establece una excepción a dicha regla, precisamente cuando "el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados". Sin embargo, a continuación, faculta a los Estados para prohibir el tratamiento de este tipo de datos incluso cuando se cuente con el consentimiento del titular de los mismos: "excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado". Y, una vez más, nuestro legislador ha recogido el guante, al incluir la siguiente previsión en el art. 9.2 LOPD: "a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico".

2. Remedios frente al incumplimiento del consumidor: tensión entre cumplimiento coactivo y consentimiento libre

El consumidor incumplirá la obligación a su cargo cuando no proporcione al empresario sus datos personales en la forma y el momento acordados en el contrato, o cuando, habiendo facilitado al empresario dichos datos, estos no sean veraces o resulten incompletos.

El problema es que la Directiva (UE) 2019/770 no ha previsto expresamente la eventualidad de que el consumidor y titular de los datos no cumpla con su obligación, ni las posibles consecuencias de dicho incumplimiento, lo que nos obliga a acudir a las normas generales en materia de contratos para determinar la referida cuestión. Al respecto, dado que nos encontramos ante un contrato de carácter oneroso y sinalagmático, si atendemos al art. 1124.2 CC, la parte que haya cumplido su parte del contrato (en este caso el empresario) "podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de

daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”, nuevamente con resarcimiento de daños y abono de intereses⁷.

No obstante, me parece cuando menos dudoso que el art. 1124.2 CC y la facultad que concede al perjudicado por el incumplimiento de la otra parte pueda resultar aplicable a este tipo de contratos. Y es que, si el empresario optara por el cumplimiento coactivo del contrato en los términos acordados, el consumidor quedaría obligado a prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, lo que resultaría contrario tanto al art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 como al art. 6.1 LOPD, que ya hemos visto que exigen que el consentimiento se preste de forma libre. Pues bien, dado el carácter prevalente que tiene el Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva (UE) 2019/770, entiendo que no cabría exigir al consumidor el cumplimiento coactivo de su obligación.

Por ello, considero que el empresario únicamente dispondrá de un posible remedio en caso de que el consumidor incumpla con su obligación de ceder sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario: resolver el contrato.

IV. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES CEDIDOS A MODO DE CONTRAPRESTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

I. El derecho del titular de los datos personales a revocar libremente el consentimiento prestado para su tratamiento

Cuando nos encontramos ante un contrato de intercambio de contenidos o servicios personales por la cesión de datos personales, el consumidor asume la obligación de permitir el tratamiento de sus datos personales por parte del empresario (pues es la prestación a su cargo en el contrato), por lo que parece que no estaría facultado para revocar posteriormente el consentimiento emitido para el tratamiento de los referidos datos. De hecho, admitir la posibilidad de que el consumidor revoque en cualquier momento su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal es tanto como dejar en sus manos la decisión acerca del cumplimiento del contrato⁸, contrariando una vez más lo

7 Vid. 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”, *Actualidad Civil*, 2020, núm. 1, p. 8.

8 Vid. 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”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 45, pp. 14 y ss.

dispuesto en el art. 1256 CC, que prevé que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

El problema es que la normativa de protección de datos reconoce el derecho del titular de los datos personales a retirar el consentimiento inicialmente prestado. En este sentido, el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 dispone que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno"; y, por si quedara algún género de dudas, el art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679 señala expresamente que "el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento" (lo que obviamente no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada: art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679). De hecho, desde la doctrina se considera que estamos ante un derecho absoluto e irrenunciable⁹. Y el carácter absoluto del derecho a la revocación del consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales impediría que pueda ser objeto de exclusión o limitación, ya que cualquier obstáculo a la libre revocación del consentimiento contravendría la normativa de protección de datos de carácter personal¹⁰.

De acuerdo a lo anterior, y si tenemos en cuenta el carácter prevalente que tiene el Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva (UE) 2019/770, habría que concluir que el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor se configure como una de las prestaciones del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales no excluiría ni limitaría la facultad del consumidor para revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento inicialmente prestado. De hecho, el Considerando 39 de la Directiva (UE) 2019/770 señala expresamente que "el derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. El derecho del consumidor a resolver el contrato con arreglo a la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor".

Pero, como apuntaba, desde el punto de vista del derecho de contratos, ello supone dejar en manos de una de las partes (en este caso del consumidor) la

9 Vid. AGUILERA RUIZ, L.: "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 AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (coord. por M.T. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SÁINZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 125.

10 Vid. ROSSELLÓ RUBERT, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de derecho mercantil*, 2017, núm. 303, pp. 163 y ss.

decisión acerca del cumplimiento del contrato, lo que entra en claro conflicto con lo dispuesto en el art. 1256 CC.

Desde la doctrina se ha formulado alguna propuesta tendente a tratar de conciliar las diferentes disposiciones en conflicto. Al respecto, se ha sugerido que, en realidad, el derecho del titular de los datos a revocar el consentimiento prestado para el tratamiento de sus datos personales se traduciría en el ámbito contractual en una especie de derecho de desistimiento *sine die* en favor del consumidor¹¹. Así, el consumidor podría retirar su consentimiento libremente en cualquier momento y ello no constituiría ningún tipo de incumplimiento por su parte en la dimensión contractual.

A mi modo de ver, no plantea dudas que, si la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales se produce dentro del plazo de 14 días previsto en los arts. 102 y 104 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), dicha revocación podría traducirse en el ámbito contractual como un supuesto de ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor¹². Siempre, eso sí, que concurran los estrictos requisitos que exige la Directiva (UE) 2011/83 sobre los derechos de los consumidores (en adelante: Directiva (UE) 2011/83) para que proceda el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos o servicios digitales suministrados online (arts. 9 y ss.).

Sin embargo, si no concurren los mencionados requisitos o ha transcurrido ya el plazo de 14 días que prevé la normativa para el ejercicio del derecho de desistimiento me parece más discutible que el consumidor pueda apartarse unilateralmente del contrato al amparo de un pretendido derecho de desistimiento *sine die* o *ad nutum*. Y es que, dicho derecho de desistimiento carece de cobertura legal, pues no solo no encontramos en la ley ninguna referencia concreta a la mencionada posibilidad, sino que, además, el carácter tan restrictivo con el que la Directiva (UE) 2011/83 ha configurado el derecho de desistimiento parece excluir cualquier intento de llevar a cabo una interpretación extensiva del mismo. Téngase en cuenta que, de admitirse dicha posibilidad, el consumidor podría apartarse libremente del contrato una vez haya obtenido la utilidad pretendida de los contenidos o servicios digitales de que se trate (ej. visionado de una película o lectura de un libro electrónico).

Por ello, considero que estos supuestos en los que el consumidor revoca el consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento de sus datos personales

11 Vid. SÁNCHEZ LERÍA, R.: "El contrato de suministro de contenidos digitales", cit., p. 22.

12 Vid. AGUILERA RUIZ, L.: "La revocación del consentimiento", cit., p. 126.

han de ser tratados como un incumplimiento contractual por parte de este¹³, a cuyas consecuencias me referiré en el siguiente apartado. Téngase en cuenta que, una vez revocado el consentimiento por parte del consumidor, el empresario no podrá continuar con el tratamiento de sus datos personales, por lo que no verá satisfechas sus pretensiones. Y es que, normalmente el empresario obtiene rendimiento económico de los datos personales del consumidor no mediante su tratamiento esporádico, sino a través de su tratamiento continuado, poniéndolos en conjunto con los datos de otros usuarios e incluso cediéndolos a terceros¹⁴. De hecho, la propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales se refiere de forma expresa a la posible cesión de los datos del consumidor a terceros, al disponer en su Exposición de Motivos que "(...) las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos, o que pueden transmitirse a terceros a título oneroso (...)"; lo que entiendo que requerirá siempre el consentimiento del titular de los datos, pues en caso contrario se infringiría el deber de confidencialidad al que está sujeto el responsable del tratamiento de los datos personales de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679.

Por lo demás, la posibilidad de revocar el consentimiento inicialmente prestado no está prevista exclusivamente en materia de protección de datos, pues, en el caso del resto de derechos de la personalidad, la autorización para permitir intromisiones en los mismos resulta igualmente revocable¹⁵. Sin embargo, la revocación del consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales sí presenta una importante peculiaridad que le separa de la revocación de la autorización para consentir intromisiones en el resto de derechos de la personalidad: mientras el titular de los datos personales que revoque el consentimiento para su tratamiento no podrá sufrir ningún perjuicio por ello (Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679), lo que parece que excluye la posibilidad de imponerle el pago de cualquier tipo de indemnización; en el caso de la revocación del consentimiento para que se produzcan intromisiones en otros derechos de la personalidad puede llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios, tal y como prevé expresamente el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982,

13 Vid. AGUILERA RUIZ, L.: "La revocación del consentimiento", cit., p. 126.

14 Vid. 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)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61, p. 36.

15 Vid. GARCÍA RUBIO, M.P.: "La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Glosas sobre Federico de Castro* (coord. por L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 252.

de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante: LOPDH).

2. La revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales como incumplimiento contractual

Como he puesto de manifiesto en el apartado precedente, la revocación del consentimiento por parte del consumidor impide que el empresario pueda continuar con el tratamiento de sus datos personales, por lo que la prestación contractual a cargo de este último quedaría incumplida.

Respecto a las posibles consecuencias de dicho incumplimiento, no han sido previstas expresamente por la normativa, ya que la Directiva (UE) 2019/770 se limita a señalar en su Considerando 40 que "la presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional". Así, la remisión que hace la Directiva (UE) 2019/770 nos conduciría de nuevo a las reglas recogidas con carácter general por nuestro Código Civil en sede de contratos, y, en concreto, a las reglas previstas de forma específica para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

Pero ya hemos visto al abordar los posibles remedios a disposición del empresario ante el incumplimiento del consumidor que no cabe aplicar a este tipo de contratos la facultad que atribuye el art. 1124.2 CC a la parte que cumple con su parte del contrato para que opte entre exigir el cumplimiento de la obligación en los estrictos términos en los que ha sido acordada o resolver el contrato. Y es que, tanto el art. 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 como el art. 6.1 LOPD impiden al empresario exigir al consumidor el cumplimiento coactivo de su obligación, al requerir que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales sea prestado de forma libre; y, además, el art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679 reconoce el derecho del titular de los datos personales a retirar su consentimiento en cualquier momento. Por lo tanto, una vez más, el empresario únicamente podría recurrir a la resolución del contrato.

Como se puede observar, hasta aquí, las consecuencias que contempla la normativa para aquellos casos en los que el consumidor revoque el consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento de sus datos son las mismas que las previstas para el resto de incumplimientos. Y es que, en todos los mencionados supuestos el único remedio a disposición del empresario ante el incumplimiento del consumidor será la resolución del contrato, sin que pueda exigir al consumidor su cumplimiento en las condiciones acordadas en el contrato, ya que ello supondría imponerle que preste consentimiento para el tratamiento de sus datos personales,

de modo que este ya no podría considerarse emitido libremente, en los términos exigidos por la normativa de protección de datos.

Sin embargo, hay una consecuencia concreta que sí resultará aplicable en la mayor parte de los incumplimientos por parte del consumidor, pero no en aquellos que se deban a la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales. Me estoy refiriendo a la posibilidad de establecer una indemnización a cargo del consumidor por los daños y perjuicios causados al empresario como consecuencia de la revocación del consentimiento y el consiguiente incumplimiento del contrato. Al respecto, ya hemos visto que el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 señala expresamente que "el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno". Y ya se ha señalado también que ello supone una importante diferencia con el régimen previsto para la revocación del consentimiento prestado para autorizar intromisiones en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supuesto en el que sí está prevista la indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas (art. 2.3 LOPDH).

V. CONCLUSIONES

Como hemos ido viendo a lo largo de estas páginas, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales plantea problemas en relación con la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Problemas que derivan de la necesidad de coordinar las normas establecidas en dos ámbitos distintos: el de consumo y el de protección de datos de carácter personal.

Y es que, el hecho de que el contrato sea calificado como oneroso conlleva que el consumidor quede vinculado por el contrato y nazca para él la obligación de cumplir con la prestación a la que se ha comprometido. Pero ello puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal, pues esta prevé que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de emitirse de forma libre, lo que impediría su exigencia coactiva por parte del empresario. Téngase en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679, que recoge las reglas relativas a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, tiene carácter prevalente sobre la Directiva (UE) 2019/770. Por ello, en caso de incumplimiento del consumidor, la única opción a disposición del empresario sería resolver el contrato.

Además, la normativa de protección de datos dispone que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales ha de poder revocarse libremente. El problema es que dicha revocación supondría en sí misma un incumplimiento contractual por parte del consumidor.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que el incumplimiento traiga causa de la revocación del consentimiento por parte del consumidor para el tratamiento de sus datos de carácter personal, no cabe el establecimiento de ningún tipo de indemnización a cargo del consumidor, pues la normativa de protección de datos rechaza expresamente que el titular de los datos pueda soportar cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de la revocación del consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L.: "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 AA.VV.: *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia* (coord. por M.T. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SÁINZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 117-129.

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)", *Cuadernos europeos de Deusto*, 2019, núm. 61, pp. 29-65.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I.: "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario", *Revista de derecho privado*, 2020, núm. 4, pp. 93-120.

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", *Actualidad Civil*, 2020, núm. 1, pp. 1-12.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Glosas sobre Federico de Castro* (coord. por L. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 229-277.

MARTÍNEZ ROJAS, A.: "Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 42, pp. 59-88.

ROSSELLÓ RUBERT, F.M.: "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de derecho mercantil*, 2017, núm. 303, pp. 163-190.

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", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 45, pp. 1-27.