

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA
CONTRATACIÓN DIGITAL

CONSUMER PROTECTION IN DIGITAL CONTRACTING

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1236-1253



Rut GONZÁLEZ
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las normas de protección del consumidor deben extenderse a la contratación digital. La Directiva 2019/770, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales trata de garantizar un alto nivel de protección al consumidor a través de los deberes de información, el derecho de desistimiento y determinados remedios jurídicos para los casos de falta de conformidad de los contenidos digitales con el contrato. La propia Directiva prevé como contraprestación por los contenidos digitales la entrega de datos personales, sin embargo esta regulación tiene que armonizarse con la protección de datos.

PALABRAS CLAVE: Contratos, contenidos digitales, servicios digitales protección de los consumidores, deberes de información, derecho de desistimiento, datos personales.

ABSTRACT: *Consumer protection is extended to digital contracting, Directive 2019/770 of the Parliament and the Council of 20 May 2019 on certain aspects of contracts for the supply of digital content and services assures a higher protection level to consumers. These new measures are based on the imposition of information duties for professionals, the right of withdrawal for consumers and certain legal remedies for the lack of conformity of digital contents. As personal data is provided by consumers, the treatment of this information shall be in coherence with GDPR framework.*

KEY WORDS: *Contracts, digital content, digital services, consumers protection, duties of information, rights of withdrawal, personal data.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DIGITAL. 1. Derecho de consumo y entorno digital. 2. Concepto de bienes digitales. 3. El contrato sobre contenidos digitales. A) Peculiaridades de los contratos. Especial consideración de la gratuidad. B) Los requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales. C) El derecho de desistimiento del contrato. 4. La cesión de datos personales como contraprestación. III. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos inmersos en la era tecnológica, ocupando los medios digitales una parte muy significativa de nuestras vidas, asistimos a lo que se ha denominado “digitalización de la sociedad”. Especial relevancia en este ámbito adquieren las redes sociales que funcionan con plataformas, prestadores de servicios digitales. Incluso para determinadas personas, el uso de las mismas se ha convertido en una herramienta habitual de su actividad diaria y laboral.

Las nuevas tecnologías han transformado la contratación y el consumo, al igual que la economía y la sociedad en su conjunto. La tecnología se desarrolla a un ritmo vertiginoso y la propia revolución digital constituye un reto para el derecho, y en particular para el derecho contractual que debe adaptarse al mundo digital. En concreto, surge la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones contractuales y la protección de los datos personales. Si bien, la innovación tecnológica conlleva grandes ventajas, no es menos cierto que también implica riesgos que afrontar.

La protección del consumidor constituye un eje fundamental en toda la contratación, incluida la contratación digital, razón esta por la que la Unión Europea ha promulgado en los últimos años disposiciones al respecto.

El legislador europeo, en lo que concierne al derecho de consumo, intenta armonizar, promoviendo el mercado digital mediante el intercambio de datos y protegiendo los derechos de los consumidores. La propia Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores, tiene por finalidad el buen funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores, para ello, potencia la regulación de los deberes de información precontractuales y el derecho de desistimiento como medio de protección del consumidor; en definitiva, trata de garantizar un alto nivel de protección al consumidor y quedo incorporada al derecho español por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modificó

• **Rut González Hernández**

Profesora asociada de Derecho Civil Universidad Complutense de Madrid
rutgon04@ucm.es

el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios(TRLGDCU).

Los contratos a distancia se presentan como una de las modalidades de mayor peso en la contratación. Las peculiaridades que lleva aparejada esta clase de contratación determinó su necesaria regulación, al igual que ocurrió con la contratación electrónica, para dotar de mayor protección a los consumidores.

La información a los consumidores se convierte en esencial y constituye un derecho fundamental de estos para que el consumidor preste su consentimiento de forma clara y reflexiva, con pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones puesto que se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al profesional.

Los contratos sobre suministro de contenidos digitales que se celebran a diario suponen un gran volumen y en los últimos tiempos se ha observado un incremento en el uso de servicios y contenidos digitales en gran medida por la realidad existente como consecuencia del COVID-19.

La Directiva Digital 2019/770 de 20 de mayo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales constituye un primer paso importante para adaptar el Derecho contractual en el ámbito de la protección de los consumidores a los retos de la digitalización. Se introduce así el consumo digital como forma específica de operar, reforzando la protección de los consumidores que a su vez implica una serie de obligaciones para los empresarios: información precontractual, derecho de desistimiento y remedios por la falta de conformidad. En nuestro ordenamiento la referida Directiva es traspuesta por el Real Decreto-ley 7/2021 y afectará a los usuarios de redes sociales, correo electrónico, juegos en línea, etc.

II. LA PROTECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DIGITAL

I. Derecho de consumo y entorno digital

El consumo de contenidos digitales representa un porcentaje importante de nuestra actividad, integrado por un uso y disfrute diverso: descargas de películas, canciones, videojuegos, aplicaciones, etc.

Dentro de los contenidos digitales pueden distinguirse contenidos digitales protegidos por derecho de autor y contenidos digitales que no gozan de protección de las normas de propiedad intelectual. En cuanto a los medios de suministro, pueden distribuirse mediante un soporte material o sin soporte material en sentido estricto. Esto determinará si las facultades del consumidor son de adquisición de la

propiedad, de un uso o de un servicio. Nos encontramos en un ámbito en el que confluye la protección del consumidor con el derecho de propiedad intelectual y la protección de datos personales, como expondremos en el presente trabajo¹.

Además, debido a las limitaciones de los medios tecnológicos, los deberes de información precontractual adquieren, si cabe, más importancia como normas de protección del consumidor.

Tanto la Directiva 2011/83/UE en su art. 2. 11) como la Ley 3/2014, de 27 de marzo, art. 59 bis 1.i), contienen una definición de contenidos digitales: “los datos producidos y suministrados en formato digital”, si bien, aquella no se refería a si su ámbito de aplicación incluía también los contratos gratuitos.

2. Concepto de bienes digitales

La Directiva 2019/770² de 20 de mayo en su Considerando 19 establece: “La Directiva debe abordar los problemas en las diferentes categorías de contenidos digitales, servicios digitales y su suministro. Con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y de que el concepto de contenidos o servicios digitales mantenga un carácter estable frente a futuras innovaciones, la presente Directiva debe aplicarse, entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. Dado que existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, la presente Directiva debe aplicarse con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para

1 Véase CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, núm. 11, p. 84.

2 Al respecto de la propuesta de la Directiva, REINER SCHULZE: “La protección de los consumidores en la contratación digital”. Conferencia dictada en el Colegio notarial de Madrid, *El Notario del s. XXI*, 2018, núm. 81. “Con esta Directiva, el Derecho contractual se adapta en aspectos importantes al mundo digital, combinando la continuidad de los conceptos claves del Derecho Privado Europeo con enfoques innovadores respecto a las nuevas tecnologías y prácticas empresariales. (...) Esta nueva legislación europea sobre contratos de suministro de contenidos digitales constituye un primer paso importante para adaptar el Derecho contractual en el ámbito de la protección de los consumidores a los retos de la digitalización. Pero esta legislación solo se refiere a un aspecto de estos desafíos. Habrá que reconsiderar otras cuestiones y resolver otros problemas, ya que la legislación afecta a casi todos los ámbitos del Derecho contractual, y por tanto al sistema del Derecho privado en su conjunto”.

dar acceso a estos. No obstante, la presente Directiva no se debe aplicar a los servicios de acceso a internet.”

El concepto de “bienes con elementos digitales”, tal como dispone la Directiva debe referirse a bienes que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos, de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumplieren su función.

Así, la definición de bienes digitales permite incluir cualquier producto o servicio y aquellos que puedan surgir con el tiempo, con lo que revierte en la protección del consumidor³.

Por lo que respecta a los contenidos digitales, el art. 59 bis 1 d) TRLGDCU los define como “los datos producidos y suministrados en formato digital”.

Este ámbito de aplicación se extiende a aquellos contratos de contenidos digitales o servicios digitales que se suministran gratuitamente, tal como dispone la Directiva 2019/770, y por tanto, gozan del mismo régimen de protección. Como especialidad, regula el principio de conformidad con el contrato que actúa como fundamento de la responsabilidad del proveedor y de las acciones que pueden ejercitar los consumidores.

3. El contrato sobre contenidos digitales

A) Peculiaridades de los contratos. Especial consideración de la gratuidad

Los contenidos digitales son bienes inmateriales o incorporales no transmisibles en cuanto a su propiedad sino copia con un permiso de uso limitado⁴, que puede ser un uso permanente o un uso temporal.

Se diferencia entre contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de un soporte material y contratos sobre contenidos digitales suministrados sin soporte material (en línea). En los casos de soporte material, el derecho de propiedad del consumidor recae exclusivamente sobre el soporte material.

3 Al efecto, CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección”, cit. p. 112.

En opinión de MIRANDA SERRANO, L. M.: “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley mercantil*, 2021, núm 76, p. 10, “se trata, sin duda, de una definición amplia que puede valorarse positivamente por un doble motivo. En primer lugar, por contribuir a una mayor protección de los consumidores, al no dejar contenidos digitales excluidos de las normas dirigidas a conferirles protección en este ámbito. En segundo lugar, por dejar la puerta abierta a que puedan formar parte de la noción de contenidos digitales nuevos métodos para el acceso a dichos contenidos susceptibles de surgir en el futuro, lo que parece especialmente importante en una materia tan cambiante y dinámica como esta”.

4 “sino una copia de los datos originales, una copia con la misma calidad que el original, que se podrá entregar por internet o enviar mediante un soporte físico, junto con un permiso de uso limitado” CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección”, cit. p. 95.

No se exige la onerosidad como necesaria para los contratos sobre contenidos digitales. Algunos contratos que en apariencia son gratuitos no lo son porque el consumidor o usuario está cediendo sus datos y esos datos tienen valor; de manera que los datos personales pueden calificarse como contraprestación y tienen valor económico a pesar de que como consumidores no seamos conscientes de ello. En este sentido, el legislador europeo reconoce los contratos de contenidos digitales como contratos sinalagmáticos, "a menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario (...) la presente Directiva debe aplicarse a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilita o se compromete a facilitar datos personales (...) La presente Directiva debe aplicarse a todo contrato en virtud del cual el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario" (Considerando 24), "siempre que el empresario no recabe tales datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales o con el único fin de cumplir requisitos legales" (Considerando 25).

Precisamente una de las novedades más destacadas de la referida Directiva es la extensión de la protección de la legislación de consumo a aquellas transacciones en las que el consumidor haya entregado datos personales a cambio del consumo de contenidos y servicios digitales.

La Directiva ofrece una mayor protección ante servicios defectuosos o interrupciones de los mismos y será aplicable de igual manera cuando la contraprestación sea el intercambio de información o datos del consumidor.

El Real Decreto-ley 7/2021, el cual será aplicable a partir del 1 de enero de 2022, de transposición de la Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, entre otras, incorpora dentro de su ámbito de aplicación aquellos contratos de contenidos digitales o servicios digitales que se suministran gratuitamente, pero que para su acceso obligan al consumidor a facilitar datos personales que no sean necesarios para el suministro de dichos contenidos o servicios. Se reconoce de esta manera como una verdadera contraprestación.

A estos contratos les son aplicables las normas generales sobre contratos con consumidores, y las reglas sobre cláusulas abusivas para determinar si se lleva a cabo la cesión de datos de forma clara y comprensible.

El pago mediante datos personales es habitual en el ámbito de las redes sociales y aplicaciones informáticas. Como premisa, la plataforma puede establecer diversas modalidades de acceso, una de las cuales consiste en la obligación de configurar un

perfil en el que el consumidor debe transmitir determinados datos, que pueden ser personales.

Con la nueva normativa, la protección de la que dispone el consumidor se situó en los mismos términos que si pagase un precio puesto que se reconocen los datos como contraprestación con valor económico para las plataformas.

B) Los requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales

Las nuevas tecnologías han cambiado la forma de adquisición y consumo de productos y servicios, permitiendo una amplia conexión entre comerciantes y consumidores y acceso a un mercado global.

Tratándose de contratación por internet, el legislador procura especial protección al consumidor por la forma de la misma, siendo muy relevante la información que se le suministre. El propio Considerando 34 de la Directiva 2011/83 establece: "El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente".

Las normas de protección del consumidor se centran en los deberes de información precontractual para facilitar que el consumidor preste su consentimiento de forma clara, conociendo el alcance contractual.

En la contratación a distancia y dentro de ella, en la contratación electrónica existe una relación asimétrica, situación de desigualdad o desequilibrio, por ello se impone al empresario la obligación de información previa a la contratación y el derecho al consumidor de desistir del contrato⁵.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) en su art. 27 establece que el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio inicie el procedimiento de contratación.

Si el contrato electrónico contiene condiciones generales resulta de aplicación la ley sobre condiciones generales de la contratación⁶, condiciones que

5 CLEMENTE MEORO, M. E.: "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior", en AA.VV.: *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (coord. por L. COTINO HUESO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 85.

6 A este respecto, PLAZA PENEDÉS, J.: " Marco general de la protección del consumidor en la contratación electrónica", en AA.VV.: *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (coord. por L. COTINO HUESO),

incorporadas al contrato, limitan la capacidad de negociación de los consumidores a unas cláusulas previamente dispuestas por el empresario.

Para los contenidos digitales concertados a través de cualquier tipo de contrato existen dos específicos requisitos de información precontractual: información sobre la “funcionalidad” e “interoperabilidad”. Tales requisitos se encuentran recogidos en el TRLGDCU, arts. 60.2 i) “La funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional”; j) “Toda compatibilidad e interoperabilidad relevante de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos” y con respecto a los contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, art. 97.1 s) y t).

Estos dos requisitos son esenciales en la obligatoria información que el empresario debe facilitar al consumidor antes de quedar vinculado por el contrato. Además, téngase en cuenta que nos encontramos ante contratos de adhesión, predispuestos por el empresario, donde la protección de los consumidores se fundamenta en la situación de inferioridad con respecto a la otra parte.

La Directiva 2019/770 dispone que el concepto de funcionalidad debe entenderse que se refiere a las formas en que pueden utilizarse los contenidos o servicios digitales⁷.

El concepto de interoperabilidad se refiere a si, y en qué medida, los contenidos o servicios digitales pueden funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los que se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo.(considerando 43).

Concretamente es su dependencia de otros aparatos un rasgo caracterizador de los contenidos digitales, por ello, la obligación de informar se refiere a con qué aparatos y programas puede ser compatible y operar el contenido digital contratado⁸.

Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 56.

7 En función de ello, CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección”, cit., p. 134, señala que el tipo de información cabe dividirlo entres grupos: sobre los requisitos de uso, sobre los usos permitidos y sobre los usos restringidos o prohibidos.

8 En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: “La nueva protección”, cit., p. 138, “el suministrador del contenido digital que no sea su productor , no podrá ampararse en su desconocimiento del medio digital para exonerarse de las consecuencias de la información relativa a la interoperabilidad.”

Dado que los contenidos y servicios digitales se encuentran en constante desarrollo, los empresarios pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones y características a medida que vayan estando disponibles. Al efecto, el considerando 44 señala que “la falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato”. Resulta que para que los bienes y los contenidos o servicios digitales se entiendan conformes con el contrato deberán cumplir con nuevos requisitos como las actualizaciones, que supone una prestación esencial para que los bienes y servicios sigan funcionando y ofrezcan la seguridad que se les ha conferido.

De este modo, la Directiva diferencia entre la responsabilidad del proveedor de contenidos digitales, por una parte, por la falta de suministro de contenidos digitales, y por otra, por falta de conformidad con el contrato. La conformidad o no con el contrato fundamenta la responsabilidad del proveedor y en consecuencia los medios de los que disponen los consumidores.

Estas obligaciones de información tienen por finalidad que el consumidor emita un consentimiento veraz, conociendo el contenido y objeto del contrato.

Debe entenderse que estas obligaciones de información recaen sobre el proveedor y prestador del servicio así como sobre el productor del contenido digital.

A pesar de ello, existe una importante desinformación respecto a la relación contractual que une a los consumidores con los suministradores, especialmente sobre el tratamiento de datos personales del usuario⁹

El entorno digital ha supuesto plantearse los derechos de los consumidores que adquieren bienes y servicios a través de la red.

C) *El derecho de desistimiento del contrato*

El derecho de desistimiento se configura como un derecho básico e irrenunciable de los consumidores.

En la contratación a distancia, el derecho de desistimiento corrige los principales riesgos de esta modalidad contractual: la desinformación y la posible discordancia

9 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, p. 114-115.

entre la prestación contratada y la finalmente ejecutada. Compensa la desventaja para el consumidor de no poder ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, este derecho es de vital importancia y el consumidor debe conocer las condiciones, el plazo y el procedimiento para su ejercicio.

La concesión al consumidor de este derecho encuentra explicación en la búsqueda del equilibrio entre las partes contratantes, que no es otra que equilibrar la situación de desprotección del consumidor.

Las particularidades que presenta el derecho de desistimiento en el ámbito digital responde a la especial naturaleza de los propios contenidos digitales. Como regla general, se puede desistir de los contratos sobre contenidos digitales suministrados tanto con soporte material como sin él aunque en la práctica se verá reducido en los contratos en los que los contenidos digitales se suministraron completamente en línea y sin soporte material alguno. De ahí que el derecho de desistimiento en la contratación digital este configurado como un derecho de eficacia limitada, a diferencia de los contratos de bienes y servicios no digitales¹⁰.

El desistimiento sobre contenidos digitales suministrados comporta dificultades en cuanto a la restitución de las prestaciones. En los contenidos digitales tal restitución será imposible o inadecuada dependiendo de cada caso porque el consumidor puede haberlo disfrutado o utilizado para un uso concreto o puede restituir el original y quedarse con una copia. En cualquier caso, no cabrá tal derecho cuando el servicio haya sido completamente ejecutado.

El art. 103 TRLGDCU sobre las excepciones al derecho de desistimiento en su apartado m) contempla que no será aplicable a los contratos que se refieren a: “El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones:

1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento.

2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y

3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2”.

10 MIRANDA SERRANO, L. M.: “El derecho de desistimiento”, cit., p. 18.

Se trata de contenidos digitales suministrados enteramente en línea y sin soporte material. Conforme al precepto referenciado, iniciada la ejecución del contrato sobre contenidos digitales con consentimiento reforzado del consumidor desaparece su derecho a desistir. El consumidor debe consentir de forma expresa y con conocimiento efectivo de que comenzar la ejecución del contrato implica la pérdida del derecho de desistimiento.

En los contratos celebrados sobre contenidos digitales suministrados a través de un soporte material se priva al consumidor del derecho de desistimiento, art. 103 i) TRLGDCU: “El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega”.

4. La cesión de datos personales como contraprestación

La Directiva reconoce dos modalidades de contraprestación, aquellas en las que el consumidor paga un precio como en las que el consumidor facilite datos personales.

Extender el ámbito de aplicación a los supuestos en que la contraprestación del consumidor sea en forma de datos personales ha supuesto un avance, si bien resultaría fundamental que el consumidor dispusiese de información acerca del destino y uso de la cesión de sus datos personales.

Los datos personales tienen gran valor económico en el mercado, los usuarios ceden gratuitamente sus datos personales a empresas que se dedican a comercializarlos para obtener un rendimiento¹¹. De este modo, el intercambio de datos constituye una fuente de ingresos basada en el tratamiento que se da a los propios datos¹². Si bien calcular el valor de nuestra información se plantea una tarea difícil, los datos tienen elevado valor; no a nivel individual sino conjuntamente con el resto de datos que se obtienen y además el valor no reside en la información sino en cuanto forma parte de la creación o transformación de productos o servicios. En este sentido, piénsese que los proveedores digitales manejan un gran volumen de datos.

11 Véase MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *Indret*, 2018, núm 1, p. 20. “los usuarios de estos servicios ya no somos meros consumidores pasivos sino que a través de una pérdida considerable de nuestra privacidad, nos hemos convertido en parte del producto cuya ganancia, sin embargo, no percibimos”.

12 En este sentido expresan MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto”, cit., p. 11, que “el cedente de los datos asume una obligación de hacer, en concreto una obligación de cesión de uso de la información, del que la otra parte puede obtener un rédito”.

Estos datos personales, al quedar en poder del empresario digital, los utiliza para su propio beneficio, lo que puede conllevar la celebración de nuevos contratos y mejorar en definitiva su posicionamiento en el mercado.¹³

Lo que ocurre es que los titulares a menudo no son conscientes del valor de su información personal. Por ello, deben protegerse los derechos de los consumidores frente a las empresas que comercializan con sus datos personales.

El propio consumidor desconoce el valor económico de sus propios datos por las dificultades que presenta su cálculo y que dependerá de diversos parámetros relacionados con la rentabilidad que el empresario obtenga¹⁴.

La cesión de datos supone la contraprestación que ha de pagar el usuario para recibir determinados servicios digitales. En el supuesto de que no se conceda esa cesión, no se prestará el servicio por parte del proveedor. Se configura, por tanto, como una adhesión. Al respecto, propone De Barrón Arniches¹⁵ si es suficiente la ganancia que el consumidor recibe con el suministro del contenido digital puesto que la información proporciona una rentabilidad superior al valor económico del bien o servicio que recibe el usuario-consumidor.

Cabe plantearse si en este ámbito no se produce un desequilibrio entre los contratantes, el consumidor no dispone de ningún medio para controlar los datos que transfiere al proveedor. ¿Podemos saber como usuarios si el proveedor no volverá a utilizar nuestro datos personales en caso de resolución? En opinión de la autora citada no puede negarse la situación de desequilibrio contractual del usuario titular de su propia privacidad¹⁶. Manifestación del desequilibrio existente se observa en el desconocimiento por parte del consumidor del valor de sus datos personales.

13 Tal como señala DÍAZ ALABART, S.: *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Reus, Madrid, 2020, p. 19, a través del tratamiento de datos de una persona se pueden averiguar sus intereses desde un punto de vista político, sanitario, económico, etc., lo que permite conocer, por ejemplo, qué tipo de bienes o servicios estaría dispuesta a adquirir una persona. Por su parte, DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La pérdida de privacidad en la contratación electrónica”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, núm. 61, p. 37 “se puede afirmar que en la actualidad existe un modelo de negocio basado en la utilización y explotación de la información personal de las personas físicas, el Big Data genera negocio, es un mercado que funciona y cuyos ingresos son cada día mayores, en proporción inversa a lo que ocurre con la privacidad y la seguridad jurídica de los individuos en la red, que día a día disminuye”.

14 En este sentido, MARTÍNEZ CALVO, J.: “Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, *Indret*, 2021, núm. 4, p. 110, señala que la consecuencia es que en la práctica la información precontractual que recibirá el consumidor resultará incompleta, pues no le permitirá conocer el valor de la contraprestación que realiza.

15 DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La pérdida”, cit., p. 47.

16 DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La pérdida”, cit., p. 54.

El empresario suministrador puede haber tratado los datos suministrados hasta que tiene lugar la resolución. En este sentido plantea Cámara Lapuente¹⁷ que los estados miembros podrían expandir las reglas de la Directiva sobre el destino de los datos a supuestos de extinción contractual distintos de la resolución o crear reglas distintas para esos casos.

La resolución obliga al prestador a dejar de usar todos los datos facilitados por el consumidor y alcanza a todas las actividades, en las que debe entenderse incluida sin duda la cesión a un tercero, puesto que la restitución de las prestaciones como efecto de la resolución no es posible al no constituir los datos personales un bien objeto de restitución.

En efecto, renunciamos a nuestra privacidad como contraprestación, dejamos de tener intimidad. Tal como señalan Martínez Velencoso y Sancho López¹⁸ “en internet, el tiempo siempre es lineal: el pasado sigue estando presente y será siempre accesible en el futuro”.

Cabe considerar que la manifestación de voluntad que presta la persona (consumidor) no ha sido reflexionada y no ha tenido la información necesaria. Para hacer uso de las diferentes aplicaciones que usamos aceptamos los “términos y condiciones de usuarios o términos y condiciones de privacidad” que en una mayoría de las veces no leemos previamente. Se trata de condiciones predispuestas unilateralmente por los proveedores. Tales términos hacen referencia al tratamiento de nuestros datos personales por parte de las plataformas, prestadores de servicios digitales. Estos mecanismos pueden constituir una limitación al ejercicio de la autonomía privada, siendo contratos de adhesión resulta necesario revisar las condiciones generales del contrato para tener la seguridad que el usuario presta su consentimiento libremente acerca de las cuestiones relativas a la privacidad.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que como ha declarado el Tribunal Constitucional, constituye un derecho con un contenido autónomo-, además de en la Constitución Española, su regulación se encuentra en el Reglamento 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 (RGPD); y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

17 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2020, núm 1, p. 840.

18 MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., SANCHO LÓPEZ, M.: “El nuevo concepto”, cit., p. 22.

Con el derecho a la protección en el tratamiento de datos personales, las personas están dotadas de un poder de disposición sobre los datos que proporcionan y capacidad de decisión sobre sus finalidades¹⁹.

Al existir una gran variedad de datos personales, no todos son objeto de la misma protección por parte del legislador. A lo que a nuestro interés se refiere el considerando 7 del RGPD señala que “las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas”. Y en cuanto al consentimiento para que terceros hagan un uso legítimo de los datos personales de una persona el considerando 32 RGPD establece: “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, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, 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. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta”.

Por consiguiente, el consentimiento como manifestación de voluntad debe ser libre, específico, informado e inequívoco. Habrá que analizar si el consentimiento que prestamos para el tratamiento de nuestros datos es “informado” en todos los supuestos. Ocurre, no pocas veces, que si no aceptamos los términos y condiciones de usuario no podremos utilizar la aplicación o servicio o bien no poder utilizar ciertas funciones por quedar suprimidas.

El consumidor dispone de la facultad de revocar en cualquier momento el consentimiento, momento a partir del cual el empresario puede resolver el contrato dejando de prestar el servicio o suministrar el contenido. Ahora bien, tratándose la contraprestación en datos, presenta particularidades en cuanto a la restitución de las prestaciones en caso de resolución.

19 DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.: “El tratamiento de datos personales”, cit., p. 101.

La principal novedad en cuanto a la protección del consumidor que paga con sus datos personales se encuentra en la posibilidad de exigir la puesta en conformidad del objeto del contrato²⁰.

En conclusión, los datos que cedemos constituyen un elevado valor para las empresas por lo que no estamos recibiendo los servicios o aplicaciones de manera gratuita sino como contraprestación por la cesión de nuestros datos.

III. RECAPITULACIÓN

La definición de contenidos digitales abarca una gran amplitud, al incluir los datos producidos y suministrados en formato digital.

La nueva Directiva mantiene la línea de fortalecer la protección de los consumidores en la contratación digital, con los deberes de información impuestos al empresario, con el derecho de desistimiento y los remedios por la falta de conformidad de los contenidos digitales con los contratos.

El consumidor recibe la misma protección tanto en contratos onerosos como en aquellos en los que el consumidor ceda al empresario datos personales como contraprestación a los contenidos y servicios digitales, por lo que no supone tal gratuidad. Uno de los inconvenientes que se plantea en relación con la protección de datos se centra en el tratamiento que se realiza de esos datos por parte del empresario y el desconocimiento del consumidor sobre este aspecto, debido a la desinformación por parte del suministrador.

Cada vez el perfil del consumidor es más digital, uno de los riesgos de la innovación tecnológica ha sido la privacidad, por ello el derecho contractual debe adaptarse al ámbito digital y armonizarse con la regulación sobre protección de datos. Para conseguirse un equilibrio en las relaciones contractuales, el consumidor debería conocer el valor económico que suponen sus datos personales. En este sentido, y debido a la difícil restitución de las prestaciones en caso de resolución cuando la contraprestación ha consistido en la cesión de datos personales, habría que plantearse supuestos que impidan el uso de datos por el proveedor cuando los contratos de suministro de contenidos digitales se extinguen.

²⁰ A este respecto, SÁNCHEZ LEIRA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret*, 2021, núm. 4, p. 50.

BIBLIOGRAFÍA

AYLLÓN GARCÍA, J. D.: "Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", *Actualidad Civil*, 2021, núm. 5 (La Ley 5665/2021).

BOTANA GARCÍA, G. A.: "La protección de los consumidores en los contratos electrónicos", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 3 (La Ley 2608/2015).

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 2020, núm 1, pp. 838-862.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, núm. 11, pp. 79-167.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "La prestación del consentimiento en los contratos de consumo por vía electrónica y la obligación de información previa y posterior", en AA.VV: *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 85-88.

DE BARRÓN ARNICHEs, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica", *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, núm 61, pp. 29-65.

DÍAZ ALABART, S.: *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Reus, Madrid, 2020.

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.

ESPÍN ALBA, I.: "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: Datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm 6, pp. 3-37.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "Derecho de desistimiento del consumidor en contratos celebrados a través de técnicas de comunicación a distancia", en AA.VV.: *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (coord. por A. Ortega Giménez), Sepin, 2020 (SP/DOCT/109166).

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: "Los consumidores y usuarios en el entorno digital de internet: la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores o "ISP",

en AA.VV.: Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 643-689.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *Indret*, 2021, núm. 4, pp. 88-135.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., SANCHO LÓPEZ, M.: El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿REALMENTE es gratis la App?, *Indret*, 2018, núm. 1.

MIRANDA SERRANO, L. M.: "El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales", *La Ley mercantil*, 2021, núm. 76 (LA LEY 920/2021)

PLAZA PENEDÉS, J.: "Marco general de la protección del consumidor en la contratación electrónica", en AA.VV.: Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coord. por L. Cotino Hueso), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 53-68.

REINER SCHULZE: "La protección de los consumidores en la contratación digital". Conferencia dictada en el Colegio notarial de Madrid, *El Notario del s. XXI*, 2018, núm. 81.

SÁNCHEZ LEÍRA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret*, 2021, núm. 4, pp. 33- 87.