

CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y
SERVICIOS DIGITALES:
CUANDO EL PRECIO SON TUS DATOS PERSONALES

*CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND
SERVICES:
WHEN THE PRICE IS YOUR PERSONAL DATA*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1010-1037

Laura
HERRERÍAS
CASTRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Hoy en día, la mayoría de los servicios de redes sociales o mensajería instantánea se ofrecen sin que los usuarios paguen ningún precio gracias a la monetización de sus datos personales. La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma de la UE que ha regulado expresamente la utilización de los datos personales como moneda de cambio para el suministro de contenidos y servicios digitales. Esta Directiva ha sido transpuesta recientemente al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, donde se incluyen una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión analítica y crítica del nuevo régimen del TRLGDCU que afecta a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales. Para ello, en primer lugar, examinaré determinados aspectos relativos al ámbito de aplicación de la Directiva. En segundo lugar, trataré la cuestión relativa a la relación entre las infracciones de la normativa de protección de datos y las causas de falta de conformidad. En tercer lugar, analizaré los motivos que pueden dar lugar a la resolución del contrato, los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución y la posibilidad de acudir al remedio indemnizatorio. Finalmente, ofreceré una visión práctica de las cuestiones planteadas mediante el examen de las condiciones generales sobre uso y privacidad de Facebook, Twitter, TikTok, WhatsApp y Telegram.

PALABRAS CLAVE: Contrato, servicios digitales, contenidos digitales, comercio electrónico, datos personales, Directiva (UE) 2019/770, RDL 7/2021, TRLGDCU, contraprestación, conformidad, resolución, consumidor.

ABSTRACT: Nowadays, most social networks or instant messaging services are offered free of charge to users through the monetisation of their personal data. Directive 2019/770 was the first EU law that expressly regulated the use of personal data as a bargaining chip for the supply of digital content and digital services. This Directive has recently been transposed into the Spanish legal system by Real Decreto-ley 7/2021, of 27 April, which includes a series of amendments to the Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

The aim of this paper is to offer an analytical and critical approach to the new regime of the TRLGDCU that affects contracts for the supply of digital content and digital services in exchange for personal data. I will first examine some aspects relating to the scope of application of the Directive. Secondly, I will discuss the relationship between violations of data protection law and the grounds for non-conformity. Thirdly, I will analyse the grounds for termination of the contract, the rights and obligations of the parties after termination, and the possibility of claiming damages. Finally, I will provide a practical overview by examining the terms of use and privacy policies of Facebook, Twitter, TikTok, WhatsApp and Telegram.

KEY WORDS: Contract, digital service, digital content, e-commerce, personal data, Directive (EU) 2019/770, RDL 7/2021, TRLGDCU, counter-performance, conformity, termination, consumer.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.-II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.-I. Consumidores, usuarios y empresarios.- 2. Contenidos y servicios digitales.- 3. Datos personales y otros datos.-III. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO FALTA DE CONFORMIDAD.-IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES.-I. La resolución contractual por parte del consumidor.- 2. La resolución contractual por parte del empresario.- 3. Obligaciones y derechos de las partes.- 4. La indemnización de daños y perjuicios.- V. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS.- 1. Facebook.- 2. Twitter.- 3. TikTok.- 4. WhatsApp.- 5. Telegram.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea, las personas con edades comprendidas entre los 16 a 74 años que utilizan cada día o casi cada día Internet alcanzó el 80% en el año 2020, mientras que en el año 2010 apenas superaba el 50%¹. A su vez, se estima que un 80% de los usuarios accede a contenidos audiovisuales, un 77% escucha música, un 76% juega en línea y un 64% lee libros electrónicos, sin pagar ningún precio².

En consecuencia, los usuarios pueden llegar a creer que carecen de derechos contractuales frente al proveedor de contenidos o servicios digitales debido a su aparente gratuidad. Sin embargo, es evidente que para el empresario que suministra este tipo de contenidos o servicios los datos que obtiene de sus usuarios tienen una relevancia económica considerable³.

Por ejemplo, según la política de datos de Facebook, esta plataforma utiliza los datos de sus usuarios para proporcionar, personalizar y mejorar sus productos y

-
- 1 Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tin00092/default/table?lang=en> (última consulta 23.11.2021).
 - 2 COMISIÓN EUROPEA: *Commission Staff Working Document Impact Assessment. Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, SWD (2015) 274 final, p.15.
 - 3 Como destaca la Dra. M^a Isabel DOMÍNGUEZ, la relevancia económica de los datos se puede deducir de los distintos fines para los que son destinados, como la reducción de costes de investigación de productos y transacciones, su empleo con propósitos de investigación científica o su uso para la mejora de los resultados de las campañas de publicidad, en especial para la publicidad dirigida. Véase, 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. 99.

• Laura Herrerías Castro*

Investigadora predoctoral Universitat Pompeu Fabra
laura.herrerias@upf.edu

* La autora es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2021), concedida por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR) en un proceso abierto y competitivo, con el apoyo de la Secretaria d'Universitats i Coneixement de la Generalitat de Catalunya y del Fondo Social Europeo.

también para proporcionar mediciones, análisis y otros servicios para empresas⁴. Asimismo, en sus condiciones de servicio se reconoce que: “no te cobramos por el uso de Facebook”, porque en su lugar, “las empresas y organizaciones nos pagan por mostrarte publicidad sobre sus productos o servicios. Al usar nuestros productos, aceptas que te mostremos anuncios que consideremos relevantes para ti y tus intereses. Usamos tus datos personales a la hora de determinar qué anuncios te mostramos”⁵.

Teniendo en cuenta esta situación, la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante DCSD) tiene como objetivo promover la competitividad de las empresas y alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores que adquieren contenidos o servicios digitales a cambio de un precio, de datos personales o de ambos.

La consideración de los datos personales como contraprestación es controvertida debido a la tensión entre dos enfoques regulatorios: la protección de los datos personales y la protección de los consumidores. Por un lado, reconocer los datos personales como contraprestación puede implicar la aceptación de la mercantilización de los datos, pero ignorar este tipo de contraprestación tiene como contrapartida la disminución del nivel de protección de los consumidores y un desequilibrio entre aquellos que pagan con dinero y los que lo hacen mediante el suministro de sus datos⁶.

Esta cuestión fue sometida a examen del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) quien señaló que los datos personales no pueden ser considerados como una mercancía en tanto que son un derecho fundamental y, en consecuencia, debía evitarse el uso de la expresión “datos como contraprestación” en el texto de la Directiva principalmente por los siguientes motivos: (1) no se define qué debe entenderse por “contraprestación” cuando existen usos distintos de los datos a la estricta prestación del servicio, como mejorar la calidad de éste o personalizarlo, (2) el vínculo entre el pago de un precio con dinero y la entrega de datos como contrapartida resulta engañoso porque mientras que el consumidor es consciente de lo que da cuando paga con dinero, no se puede decir lo mismo de los datos, y (3) los datos personales no pueden compararse con el dinero porque la entrega de los datos no priva al individuo de la posibilidad de volver a entregar los mismos

4 Disponible en: <https://www.facebook.com/about/privacy/update> (última consulta 23.11.2021).

5 Disponible en: <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (última consulta 23.11.2021).

6 METZGER, A., EFRONI, Z., MISCHAU, L., METZGER, J.: “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, núm. 9, p.93.

datos a otro proveedor y los individuos no pueden evaluar el valor que se creará con sus datos⁷.

Tras el dictamen del SEPD, el legislador europeo suprimió la expresión contraprestación del texto de la Directiva y recogió casi de forma literal las palabras del SEPD en el cdo. 25⁸. Asimismo, en el art. 3.8 de la DCSD se prevé expresamente que en caso de conflicto entre sus disposiciones y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, deberá prevalecer siempre el segundo⁹.

La DCSD ha sido transpuesta recientemente al ordenamiento jurídico español mediante el Título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, donde se incluyen una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) con efectos a partir del 1 de enero de 2022.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión analítica y crítica del nuevo régimen del TRLGDCU que afecta a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El nuevo art. 59.4 del TRLGDCU extiende el ámbito de aplicación del Libro II – sobre contratos y garantías– a los contratos en virtud de los cuales el “empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales”¹⁰.

7 SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, pp. 9-10. Desde un punto de vista puramente terminológico la utilización de la expresión en castellano “contraprestación” probablemente no presenta los mismos problemas que sugiere el SEPD ya que se trata de un término más amplio que no se usa solo en el sentido puramente patrimonial, a diferencia del término en inglés “counter-performance” que se evita precisamente para dejar claro que los datos personales no tienen exclusivamente un contenido patrimonial. Véase, PLANA ARNALDO, M.C.: “Economía de los datos y propiedad sobre los datos”, *Revista de Educación y Derecho*, 2021, núm. 24, p. 17.

8 Según este considerando: “a menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario [...] al tiempo que se reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales”. En sentido similar, en la exposición de motivos del Real Decreto 7/2021 se recoge que: “la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse mercancía y su tratamiento debe cumplir las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679”. Contrasta con la exposición de motivos el art. 119.2 ter del TRLGDCU que quizás debido a un descuido del legislador incluye expresamente el término contraprestación: “la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación”.

9 Véanse también los cdos. 37-39 de la DCSD.

10 Para el Prof. Sergio CÁMARA es destacable que la transposición del art. 3.1 de la DCSD se haya producido no en sede de conformidad con el contrato (arts. 114 y ss. del TRLGDCU) sino en una sede mucho más general, como es el artículo de apertura del Libro II. Por lo tanto, parece que la protección de los cuatro

El legislador español ha hecho una transposición casi literal del art. 3.1, par. 2, de la DCSD, salvo por el hecho de que hace alusión a “consumidores o usuarios”, en coherencia con el art. 3 del TRLGDCU, mientras que la DCSD se refiere únicamente a los consumidores, ya que el término usuario se utiliza de forma mucho más amplia. Sin embargo, la norma de transposición ha sido poco ambiciosa al desaprovechar la oportunidad que ofrecía la DCSD de extender su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo, a situaciones no contempladas por la misma.

I. Consumidores, usuarios y empresarios

De acuerdo con el art. 3.1 del TRLGDCU son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión¹¹.

En este sentido, se ha criticado que tanto el TRLGDCU como la DCSD mantengan el paradigma del consumidor como la parte débil de la contratación¹², desconsiderando posiciones más activas del consumo que existen en la actualidad¹³, como es el caso de los llamados “prosumidores” es decir, usuarios que producen y consumen contenidos digitales, que no encajan con exactitud ni en el concepto de consumidor ni en el concepto de empresario.

Sobre la definición de consumidor, el cdo.16 de la DCSD permitía a los EEMM extender su ámbito de protección a personas jurídicas como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes¹⁴.

Es cierto que la definición de consumidor que incluye la DCSD es más estricta que la que figura en el art. 3.1, par. 2, del TRLGDCU que incluye como consumidores “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. No obstante, este precepto no prevé la posibilidad de que puedan ser consumidores personas o entidades que contraten el suministro de contenidos

títulos que conforman el Libro II se aplicará también a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que el consumidor facilite datos personales y no solo al título IV del Libro II sobre garantías y conformidad. Véase, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9881, p.20.

11 En el mismo sentido véase el art. 2.6 de la DCSD.

12 De acuerdo con la STJUE, de 5 de marzo de 2020, OPR-Finance c. GK, asunto C-679/18, cdo. 19 (ECLI:EU:C:2020:167): “el sistema de protección se basa [...] en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información”.

13 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, p. 9.

14 Si bien hay que tener en cuenta que la normativa de protección de datos únicamente protege a las personas físicas.

y servicios digitales para ámbitos propios de su actividad comercial o empresarial. Esta omisión es objetable ya que las normas de protección de los consumidores están igualmente justificadas si se dirigen a proteger a pequeñas y medianas empresas cuando contratan con grandes compañías frente a las que no tienen ningún poder de negociación¹⁵.

Asimismo, el cdo. 17 de la DCSD dejaba en manos de los legisladores nacionales calificar como consumidores a quienes celebran contratos con doble objeto o doble finalidad cuando el objeto comercial del contrato es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato¹⁶. Esta aproximación difiere de la adoptada por la Directiva 2011/83/UE y la Directiva 2014/17/UE que prevén que debe considerarse consumidor toda persona que celebra un contrato en estas circunstancias¹⁷.

Como la norma de transposición española también guarda silencio sobre esta cuestión, queda en manos de los órganos jurisdiccionales determinar, por ejemplo, si es consumidor una persona que celebra un contrato con una plataforma digital que ofrece servicios de mensajería instantánea para efectuar comunicaciones tanto personales como profesionales¹⁸.

Por último, de acuerdo con el art. 4 del TRLGDCU se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión¹⁹.

15 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*, Editorial Aranzadi, 2018, núm. 45, p. 3.

16 Sobre el concepto de consumidor en los contratos de doble objeto véase, por ejemplo, la STJUE de 20 enero 2005, *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, asunto C-464/01, cdo. 39 (ECLI:EU:C:2005:32) y la STJUE de 14 de febrero de 2019, *Anica Milivojević c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, asunto C-630/17, cdo. 91 (ECLI:EU:C:2019:123). Además, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha sostenido al respecto que: "cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba" (STS 224/2017, de 5 de abril de 2017, FJ. 4).

17 Directiva 2011/83/UE, 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 (cdo. 17) y Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 (cdo. 12).

18 De acuerdo con la STJUE de 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, asunto C-498/16, cdos. 37-39 (ECLI:EU:C:2018:37), para otorgar a una persona la condición de consumidor "procede tener en cuenta sobre todo, en el caso de los servicios de una red social digital que van a ser utilizados durante un largo período de tiempo, la evolución posterior del uso que se hace de dichos servicios. Esta interpretación implica, en particular, que un demandante usuario de tales servicios solo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional".

19 En el mismo sentido véase el art. 2.5 de la DCSD.

El cdo. 18 de la DCSD establece que los prestadores de plataformas digitales pueden ser empresarios si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de parte contractual directa del consumidor; mientras que deja abierta la posibilidad de que los EEMM amplíen el ámbito de aplicación para incluir a las plataformas digitales que no cumplan estos requisitos, es decir, cuando actúen como intermediarios.

De acuerdo con el TJUE, el criterio conforme el cual una plataforma puede ser, además de intermediario, proveedor de un servicio subyacente, es que genere una nueva oferta de servicios y tenga una influencia decisiva en la organización y las condiciones de las prestaciones²⁰. Tampoco en este caso el legislador español ha dado el paso de regular expresamente estas situaciones que, sin embargo, son frecuentes en la práctica y ya han dado lugar a resoluciones contradictorias por parte de la jurisprudencia española²¹.

2. Contenidos y servicios digitales

El ámbito de aplicación objetivo de la DCSD abarca los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, aunque deja en manos de los derechos nacionales la determinación de su naturaleza jurídica. Por su parte, el legislador español no ha incorporado una definición de contrato de suministro de contenido y servicios digitales, y se ha limitado a determinar en el art. 59 bis del TRLGDCU el concepto de contenido y servicio digital²².

El concepto de contenido digital ya se encontraba en el art. 59 bis del TRLGDCU²³, por lo que la norma de transposición solo incluye una definición de servicio digital. Esta definición se estructura en dos amplías categorías, la primera hace referencia a servicios que permiten al consumidor o usuario "crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital" y la segunda se refiere a servicios que permiten "compartir datos en formato digital cargados o creados por el

20 Véase la STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General y otros*, asunto C-62/19, cdos. 50-54 (ECLI:EU:C:2020:980) o la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S.L.*, asunto C-434/15, cdos. 37-40 (ECLI:EU:C:2017:981).

21 Nótese el contraste entre la Sentencia núm. 751/2018, de 5 octubre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y la posterior Sentencia núm 1818/2020, de 30 diciembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo.

22 Si bien es cierto que en el art. 59 bis, apartado I g) del TRLGDCU aparece una definición de contrato de servicios que incluye los servicios de carácter digital: "todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital".

23 Este concepto se incorpora 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. En concreto, según el art. 59.1 bis d) son contenidos digitales "los datos producidos y suministrados en formato digital", como los programas informáticos, las aplicaciones, los archivos de vídeo, audio o música y los libros electrónicos.

consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”.

Como ejemplos de servicios digitales encontramos los servicios prestados por las plataformas de intercambio de contenidos multimedia que permiten a los usuarios la publicación en línea de imágenes (p.ej. Pinterest), vídeos (p.ej. Youtube) o texto (p.ej. Wordpress); las redes sociales (p.ej. Facebook), los servicios de mensajería instantánea (p.ej. WhatsApp), los servicios de almacenamiento en la nube (p.ej. Dropbox), los servicios de vídeo a la carta (p.ej. Netflix), los servicios de *live streaming* (p.ej. Twitch), los videojuegos que se ofrezcan en el entorno de computación en la nube (p.ej. Among Us) e incluso el software como servicio. Quedan expresamente excluidos, entre otros²⁴, los servicios de acceso a Internet.

La forma en la que estos servicios se suministran resulta indiferente, por lo que cabe incluir la transmisión en 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 sociales²⁵. Sin embargo, la forma de la prestación determina las posibilidades del empresario de tratar más o menos datos personales.

3. Datos personales y otros datos

Las normas que introduce la DCSD en el TRLGDCU se aplican cuando el consumidor o usuario facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario. Por dato personal debe entenderse toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerándose así toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona²⁶.

No obstante, hay dos supuestos expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la DCSD (art. 3.1 DCSD y 59.4 TRLGDCU). En primer lugar, quedan excluidas las situaciones en las cuales los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales. Se podría pensar en aquellos casos en los que un consumidor permite el acceso a sus datos de localización para poder usar Google Maps o cuando proporciona su número de teléfono para utilizar

24 El listado completo de supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la DCSD se encuentra en el art. 3.5 y, en España, en el art. 114.2 del TRLGDCU.

25 Cdo. 19 de la DCSD.

26 Art. 59.1.h) del TRLGDCU. Véase. también el art. 4.1 del RGPD.

Telegram o WhatsApp²⁷. Como se requiere que la obtención de los datos sea con el único fin de cumplir adecuadamente con el contrato, si el empresario los utiliza para otros propósitos, como para enviar publicidad o realizar perfiles sobre las preferencias de navegación de los usuarios, entonces no será de aplicación esta exclusión.

En segundo lugar, también quedan excluidas las situaciones en las cuales los datos personales facilitados por el consumidor sirvan para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que esté sujeto, siempre que el empresario no trate esos datos para ningún otro fin. Como indica el cdo. 25 de la DCSD, estas situaciones pueden incluir los casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación.

En todo caso, ambas exclusiones estarían justificadas porque el empresario no obtiene ningún beneficio económico derivado del tratamiento de los datos personales de los consumidores. Quedaría por responder la pregunta de qué ocurre cuando el consumidor cede al empresario datos no son personales.

Tal y como se ha indicado anteriormente, el art. 3.1, par. 2, de la DCSD hace referencia únicamente a los datos personales, a diferencia la propuesta de DCSD elaborada por la Comisión Europea que incluía en su ámbito de aplicación los contratos a cambio de una “contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”²⁸. En cambio, el art. 16 de la DCSD, sí distingue entre las obligaciones del empresario en caso de resolución respecto a los datos personales de los consumidores y respecto a otros contenidos que no sean datos personales (ver epígrafe IV.3).

La respuesta la proporciona el cdo. 25 de la DCSD donde figuran excluidas del ámbito de aplicación de la norma las situaciones en las que un consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales²⁹ y las situaciones en las que el empresario recaba metadatos –como la información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación–, salvo si esta situación se considera un contrato con arreglo al Derecho nacional.

27 En las condiciones de uso de WhatsApp se afirma que: “requerimos información determinada para proporcionar nuestros servicios y si no la recopilamos, no podremos proveerlos. Por ejemplo, debes proporcionar tu número de teléfono móvil para crear una cuenta con el fin de usar nuestros servicios”. Véase: <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy-eea> (última consulta 23.II.2021).

28 Art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 634 final.

29 De acuerdo con la Prof. SÁNCHEZ LERÍA, el deber de tolerar la publicidad constituye un gravamen claramente inferior respecto a la prestación que proporciona el prestador del contenido o servicio digital ya que el consumidor se limita a tolerar la misma, sin asumir ningún sacrificio patrimonial. Véase, SÁNCHEZ LERÍA, R.: “El contrato”, cit., p. 14.

Aunque el silencio del RDL 7/2021 en este punto no permite entender incluidas las dos situaciones expuestas en los nuevos artículos del TRLGDCU, tampoco cabe entenderlas como necesariamente excluidas si a la luz de las reglas del Código Civil puede entenderse que en el ordenamiento español merecen tal calificación contractual³⁰.

III. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO FALTA DE CONFORMIDAD

Uno de los objetivos de la DCSD es el establecimiento de normas comunes sobre los requisitos de conformidad de los contenidos y servicios digitales con el contrato de suministro. A tales efectos, el art. 7 recoge los requisitos subjetivos para la conformidad y el art. 8 los requisitos objetivos (arts. 115 bis y 115 ter del TRLGDCU). Excede del objeto de este trabajo analizar los supuestos concretos que regulan estos artículos, por lo que me centraré únicamente en la relación entre las infracciones de la normativa de protección de datos personales y los requisitos de la conformidad.

Durante el proceso legislativo, una parte del Parlamento Europeo defendió que toda infracción del RGPD debía constituir una falta de conformidad en el sentido de la DCSD aunque finalmente esta idea no prosperó³¹. La norma de transposición española no ha previsto nada sobre este aspecto, ni tan siquiera se hace alusión en la exposición de motivos.

Es el cdo. 48 de la DCSD el que prevé que los hechos que den lugar a un incumplimiento de la normativa de protección de datos –como la infracción del principio de minimización de datos o el principio de integridad y confidencialidad– pueden considerarse, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos establecidos en la DCSD.

De esta manera, se garantiza al consumidor que en caso de infracción de la normativa de protección de datos pueda optar también a las medidas correctoras que regula la DCSD, es decir, la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato y, si produce, la indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto al incumplimiento de los requisitos subjetivos de conformidad se podría pensar en aquellas situaciones en las que un empresario asume expresamente una obligación en el contrato, o el contrato pueda interpretarse de

30 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Un primer balance”, cit., p.23.

31 STAUDENMAYER D.: “Art. 8” en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.137.

esa manera, que esté relacionada con las obligaciones del empresario en virtud de la normativa de protección de datos.

Sobre el incumplimiento de los requisitos objetivos del contrato, una infracción de la normativa de protección de datos personales puede provocar que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo (art. 8, apartado 1 a), de la DCSD y art. 115 ter, apartado 1 a), del TRLGDCU). Por ejemplo, un empresario que suministra un software de cifrado de datos que no cumple con las medidas exigidas por el RGPD para garantizar que los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, incumple el requisito de que el producto sea apto para la finalidad prevista, que en este caso sería la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto.

A su vez, también pueden darse casos en los que un incumplimiento de la normativa de protección de datos implique que el contenido o servicio digital no posea las características que son las normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar (art. 8, apartado 1 b), de la DCSD y en el art. 115 ter, apartado 1 d), del TRLGDCU). Por ejemplo, si el empresario de una aplicación que permite hacer pedidos en línea no adopta las medidas previstas en el RGPD para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor y, como consecuencia de ello, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor quedan expuestos a programas maliciosos.

IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

I. La resolución contractual por parte del consumidor

La DCSD solo prevé obligaciones del empresario (art. 16) y obligaciones del consumidor (art. 17) por resoluciones del contrato fundamentadas en tres motivos: falta de suministro (art. 13), falta de conformidad (arts. 14-18) y modificación de los contenidos o servicios digitales (art. 19).

En caso de incumplimiento del suministro, el art. 66 bis del TRLGDCU prevé que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato si, tras solicitar al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales, éste no los suministra sin demora indebida o en un período de tiempo adicional según acuerdo expreso de las partes. También tendrá derecho a resolver el contrato si el empresario ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que no llevará a cabo el suministro o cuando se haya acordado que para el consumidor es esencial

que el suministro se produzca en un momento determinado y el empresario no suministre los contenidos o servicios digitales en ese momento.

En los casos de falta de conformidad, de acuerdo con el art. 119 del TRLGDCU, la resolución del contrato procederá en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) cuando la medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada,

b) cuando el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad,

c) cuando aparezca cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad,

d) cuando la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la resolución del contrato, y

e) cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

Añade el art. 14.6 de la DCSD que cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio de un precio, el consumidor tiene derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve. En cambio, cuando el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, la resolución procederá también en los supuestos en los que la falta de conformidad sea leve (art. 119.2 ter del TRLGDCU) ya que en estos casos el consumidor no dispone del remedio de la reducción del precio.

Por último, de acuerdo con el art. 126 bis del TRLGDCU, también cabe la resolución del contrato cuando la modificación de los contenidos o servicios digitales afecte negativamente a su acceso o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es mínimo o salvo si el empresario da al consumidor la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación, y los contenidos o servicios digitales siguen siendo conformes.

Para el ejercicio del derecho de resolución bastará con que el consumidor declare al empresario su voluntad de resolver el contrato³², sin que la DCSD defina qué requisitos debe cumplir esta declaración. Respecto la forma de la declaración, esta podrá ser oral, por ejemplo, mediante una llamada a atención al cliente, o escrita, por ejemplo, mediante un correo electrónico.

³² Art. 15 de la DCSD y art. 119.1 ter del TRLGDCU.

Sobre el contenido de la declaración, la DCSD solamente indica que debe constar el deseo del consumidor de resolver el contrato. No obstante, considero que hay una serie de información mínima que sí debería contener la declaración como la identidad del consumidor (su nombre completo o número de identificación), o cualquier otro tipo de información que permita al empresario poder localizar con facilidad el contrato que se desea resolver.

Finalmente, sobre el plazo para el ejercicio del derecho de resolución por parte del consumidor, de acuerdo con el art. 126.2 bis del TRLGDCU, si la causa de la resolución del contrato es la modificación del contrato el ejercicio de este derecho está limitado al plazo de 30 días naturales a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior. En cambio, cuando la causa es la falta de suministro o la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales no hay límite de tiempo para el ejercicio del derecho de resolución.

2. La resolución contractual por parte del empresario

En los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales la base habitual de licitud del tratamiento de datos es el consentimiento del consumidor³³. En este sentido, el RGPD establece que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento³⁴. La pregunta sería cuáles son las consecuencias contractuales de la revocación del consentimiento por parte del consumidor en tanto que el suministro de los datos personales es uno de los elementos esenciales del contrato sinalagmático.

A este respecto, el cdo. 40 de la DCSD determina que es competencia del derecho nacional regular las consecuencias en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

Si la revocación del consentimiento se produce dentro de los 14 días desde la celebración del contrato puede equipararse al ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el art. 9 y ss. de la Directiva 2011/83. Fuera de estos supuestos, los ordenamientos jurídicos nacionales pueden optar básicamente por establecer dos consecuencias: substituir la cesión de datos personales por otro tipo de obligación

33 Art. 6.1 a) del RGPD.

34 De acuerdo con el art. 7.3 del RGPD: "El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo". El propio cdo. 39 de la DCSD reconoce que "el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales debe aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva".

a cargo del consumidor, como una obligación de pago, o bien permitir que el empresario pueda resolver el contrato³⁵.

La primera solución resulta contraria al art. 7.3 del RGPD ya que supondría una restricción al derecho a revocar libremente el consentimiento al tratamiento de los datos personales³⁶, por lo que sería preferible facultar al empresario a poder resolver el contrato.

Sobre esta última solución, AGUILERA RUIZ opina que la consecuencia de la revocación del consentimiento es causa de resolución del contrato por incumplimiento sobrevenido de las obligaciones que incumben a una de las partes³⁷, mientras que CÁMARA LAPUENTE sostiene que más que una auténtica resolución puede pensarse en un derecho del empresario a desistir lícita y unilateralmente del contrato ante unas nuevas circunstancias que pueden hacer económicamente contraproducente para él el mantenimiento del contrato³⁸.

Hasta la fecha, los EEMM que han transpuesto la DCSD han optado por permitir al empresario resolver el contrato cuando el consumidor revoca el consentimiento al tratamiento de sus datos personales. En concreto, el legislador español ha reconocido el derecho del empresario a resolver el contrato en el art. 119.7 ter del TRLGDCU³⁹, y ha destacado que la revocación del consentimiento no puede suponer en ningún caso el pago de penalización por parte del consumidor, pues en ese caso se estaría incumpliendo el art. 7.3 del RGPD⁴⁰.

3. Obligaciones y derechos de las partes

La DCSD regula en los arts. 16-18 una serie de obligaciones de restitución tras la resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

35 SCHMIDT-KESSEL: "Right to withdraw consent to data processing –the effect on the contract" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. y LOHSE, S. (dirs.): *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.143.

36 Recuerda el cdo. 42 del RGPD 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".

37 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 ALONSO PÉREZ, M.T. y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dir.): *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, p.126.

38 CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un primer balance", cit., p.22.

39 En sentido similar, véase el art. § 327q (2) y (3) de la norma de transposición alemana (*Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen*).

40 De acuerdo con el art. 119.7 ter del TRLGDCU: "el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo".

Por lo tanto, para que apliquen estas obligaciones es condición necesaria la previa resolución del contrato ya sea a instancia del consumidor o del empresario.

La norma incluye escasos derechos para el empresario u obligaciones para el consumidor, únicamente el deber de este último de abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros una vez finalizado el contrato, o el deber de devolución del soporte material, si procede, en el caso de los contenidos digitales (art. 17 DCSD y art. 119.6 ter del TRLGDCU).

Resultan relevantes las consecuencias que establece la DCSD sobre el destino de los datos en caso de resolución contractual, especialmente respecto a aquellos datos que no tienen la consideración de datos personales.

En cuanto a los datos personales, la DCSD se remite a la normativa sobre protección de datos. Así, tanto el art. 16.2 de la DCSD como el art. 119 ter, apartado 5 b) del TRLGDCU afirman que el empresario debe cumplir con las obligaciones aplicables con arreglo al RGPD y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En este sentido, el consumidor tiene derecho, entre otros, a la supresión de sus datos personales por parte del responsable de tratamiento (art. 17 RGPD/ art. 15 LOPDGDD) y a su portabilidad (art. 20 RGPD/ art. 17 LOPDGDD) no solo cuando se resuelva el contrato sino también durante su vigencia.

Sobre las consecuencias de la resolución del contrato para los datos no personales, la DCSD recoge en el art. 16.3 el deber del empresario de abstenerse de utilizar los contenidos generados por sus usuarios (en inglés se utiliza la expresión “user-generated content” o UGC), y en el art. 16.4 el deber del empresario de poner a disposición de los consumidores todos sus contenidos. En este sentido, podría afirmarse que la DCSD consagra unos derechos de impedir el uso y de recuperación suavizados respecto el derecho de supresión y el derecho de portabilidad del RGPD⁴¹.

Estos dos deberes se encuentran también en el nuevo art. 119 ter del TRLGDCU, apartado 5 c), d) y e) donde se reproduce el tenor literal de los preceptos de la DCSD, pero con un importante error ya que para enumerar las excepciones a los deberes del empresario respecto al consumidor la norma se remite a un supuesto art. 107.5 que no existe en el TRLGDCU⁴².

41 CAMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p.845.

42 Previsiblemente esta remisión errónea se corregirá cuando se transponga la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

Si pasamos a analizar cada uno de estos deberes, el art. 16.3 de la DCSD recoge que: “el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario”. La obligación principal del empresario en este caso consiste en no utilizar los contenidos generados por los usuarios, sin estar obligado a eliminar dichos contenidos, como sí ocurre con el art. 17 RGPD. No está claro qué implicaciones tiene esta obligación, aunque el verbo utilizar permite pensar que requiere algún tipo de acción por parte del empresario que va más allá del mero alojamiento de los contenidos o de su puesta a disposición del público.

En segundo lugar, el art. 16.4 de la DCSD prevé que: “el empresario pondrá a disposición del consumidor, previa petición de este último, contenidos, que no sean datos personales, que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. El consumidor tendrá derecho a recuperar dichos contenidos digitales sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente”.

El fundamento de esta obligación es evitar que el consumidor pueda verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad si ello implica privarle de acceso a los contenidos que no sean los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales (cdo. 70 de la DCSD). Ello facilita la competencia entre plataformas ya que se reduce el efecto “lock-in”.

En cuanto al plazo para atender la petición del usuario de recuperación de los datos se entiende que deberá efectuarse en un periodo de tiempo razonable, sin mayores especificaciones. A falta de concreción será tarea de los órganos jurisdiccionales determinar qué debe entenderse por plazo razonable.

En cuanto al formato de los contenidos la norma exige que sea común y legible electrónicamente. Por lo tanto, si se trata de contenidos subidos directamente por el consumidor se tendrían que poder recuperar en el mismo formato. En los demás casos, considero que se deberían utilizar formatos generalmente aceptados, como el formato JPEG para las imágenes, con el fin de garantizar que el consumidor pueda recuperar sus datos.

Finalmente, se prevén una serie de excepciones que condicionan el deber del empresario de abstenerse de utilizar los datos no personales de los consumidores y de suministrar los datos al consumidor tras la resolución. En particular, las excepciones que prevé tanto la DCSD y el TRLGDCU son las siguientes:

En primer lugar, que los datos “no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario”. Podría pensarse en los videojuegos en línea que permiten a los usuarios diseñar avatares o distintos escenarios. Aunque estos contenidos pueden no tener utilidad fuera del juego, bien es cierto que el empresario podría seguir obteniendo valor de esos datos una vez finalizado el contrato, por ejemplo, permitiendo compartir los diseños realizados por los consumidores con otros usuarios a cambio de un precio⁴³.

La segunda excepción hace referencia a que los datos estén “exclusivamente relacionados con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario”. Básicamente el precepto se refiere a la información cuantitativa que es recolectada u observada por el empresario durante el suministro, como cuántas veces se visualiza un vídeo o se accede a una página web. Sin embargo, el consumidor puede tener interés en conocer cuál es su historial de navegación o cuánto tiempo ha invertido en usar determinadas aplicaciones.

La tercera excepción aplica cuando “los datos hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o solo puedan desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados”. Dichos datos pueden haber sido agregados posteriormente en conjunto de datos más amplios y una vez que estos datos se han combinado con otros, puede que no sea posible eliminar los datos específicos proporcionados por un consumidor concreto o que solo sea posible con un esfuerzo considerable⁴⁴.

Finalmente, la cuarta excepción únicamente se aplica al deber del empresario de abstenerse de utilizar los datos no personales de los consumidores cuando “los datos hayan sido generados conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido”. Por lo tanto, la DCSD no pone ningún impedimento a recuperar los contenidos generados conjuntamente por el consumidor y otras personas, incluso aunque éstas sigan haciendo uso del contenido, pues presume que todos los coautores pueden solicitar esa portabilidad, pero ninguno podrá solicitar al empresario que impida su acceso en tanto que haya consumidores que puedan seguir usándolos.

43 TWIGG-FLESNER, C.: “Art. 16” en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.289.

44 Por ejemplo, en las condiciones de privacidad de Twitter se establece que: “compartimos o revelamos datos no personales, como es la información agregada que incluye el número total de veces que las personas interactuaron con un Tweet, datos demográficos, el número de personas que hicieron clic en un enlace en particular o que votaron en una encuesta en un Tweet, los temas sobre los que las personas están Twitteando en una ubicación en particular, algunos intereses inferidos, o informes para los anunciantes acerca de cuántos usuarios vieron o hicieron clic en sus anuncios”. Véase, <https://twitter.com/es/privacy> (última consulta 23/11/2021).

De acuerdo con la DCSD, estas cuatro excepciones buscan lograr un equilibrio entre los intereses del consumidor y del empresario. Cuestión distinta es si se consigue alcanzar este equilibrio, pues parece que al menos las dos primeras excepciones priman los intereses del empresario por encima del control del consumidor sobre sus datos.

En particular, el cdo. 71 de la DCSD justifica las 3 excepciones al deber del empresario de poner los contenidos a disposición de los consumidores con el argumento de que en esos casos los contenidos “no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor”. Esta asunción por parte de la DCSD es más que cuestionable ya que el consumidor sí puede tener interés, aunque sea meramente sentimental, en recuperar los contenidos generados a lo largo del tiempo y, en ocasiones, invirtiendo también cantidades de dinero.

En mi opinión, el derecho a recuperar los contenidos generados por los usuarios solo debería excluirse cuando no sea posible ponerlos a disposición del consumidor sin un esfuerzo desproporcionado e irrazonable por parte del empresario, para lo que deberá tenerse en cuenta cuál es el estado de la técnica en el momento de ejercitar ese derecho. En los demás casos, el consumidor debería tener derecho a recuperar todos sus contenidos con independencia de cuáles sean los motivos que le llevan a ejercitar este derecho, con el límite de la buena fe y el abuso del derecho.

4. La indemnización de daños y perjuicios

Son muchos los aspectos que la DCSD deja en manos de los EEMM, como las normas sobre la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la DCSD, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios (art. 3.10). Me centraré en este último.

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea incluía en su art. 14 una regulación expresa del remedio indemnizatorio debido bien a una falta de conformidad con el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales o bien a un incumplimiento en el suministro de éstos⁴⁵. El contenido de este artículo suscitó algunas dudas porque solo incluía un tipo de daño indemnizable y un único objeto dañado: el daño económico ocasionado al entorno digital del

45 COM (2015) 634 final. De acuerdo con el artículo 14: “El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato. Los Estados Miembros establecerán las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios”.

consumidor y, además, porque dejaba en manos de los EEMM el establecimiento de las “condiciones detalladas para el ejercicio del derecho”, lo que parecía dar a entender que solo en las circunstancias descritas por este artículo cabía interponer una acción de daños y perjuicios⁴⁶.

El texto final de la DCSD renuncia a armonizar el régimen de la indemnización por daños y perjuicios porque este derecho ya existe en todos los EEMM, aunque sí incluye en el cdo. 73 algunas de las cuestiones introducidas en la propuesta de Directiva. En particular este considerando establece que: “el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales”. Y añade que: “la indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad”, lo que se conoce con el nombre de interés contractual positivo.

Sin embargo, el hecho de que el remedio indemnizatorio exista en todos los EEMM no elimina su necesidad de armonización, en especial si se tiene en cuenta que uno de los objetivos de la DCSD es reducir los costes relacionados con las diferencias en las normas nacionales imperativas de derecho de los contratos con los consumidores y con la inseguridad jurídica cuando las empresas ofrecen contenidos o servicios digitales transfronterizos⁴⁷. No cabe duda de que para un empresario resulta relevante conocer bajo qué circunstancias puede ser responsable por daños y perjuicios cuando suministra contenidos o servicios digitales, si puede excluirse o limitarse su responsabilidad mediante contrato o cómo puede satisfacer un hipotético deber de indemnización⁴⁸.

En el art. 177.I del TRLGDCU se prevé únicamente que “el empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá

46 Sobre este último aspecto, véase EUROPEAN LAW INSTITUTE: “Statement of the European Law Institute on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers”, p. 32.

47 Véase el cdo. 4 de la DCSD.

48 SCHULZE, R.: “Article 6” en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.106; GSELL, B.: “Art. 14” en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p.270. Sobre este último aspecto, el cdo. 44 de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea destacaba que “los descuentos en el precio de futuros suministros de contenidos digitales, especialmente cuando son ofrecidos por los proveedores como una indemnización exclusiva por daños y perjuicios, no colocan necesariamente al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad con el contrato”.

exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede'. Mediante una interpretación conforme del texto de la DCSD, el derecho a una indemnización de daños y perjuicios no solo procederá en casos de falta de conformidad sino también en casos de falta de suministro de los contenidos o servicios digitales.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS

Para acabar, se ofrecerán algunos ejemplos para mostrar cómo regulan determinadas plataformas que ofrecen servicios digitales teóricamente de forma gratuita las cuestiones que se han tratado a lo largo de este trabajo. En particular, se analizarán, por un lado, las condiciones de uso y de privacidad de Facebook, Twitter y TikTok como plataformas de redes sociales y, por otro lado, las condiciones de uso y privacidad de WhatsApp y Telegram como plataformas de mensajería instantánea.

I. Facebook

En primer lugar, en la política de datos de Facebook⁴⁹ aparece un apartado titulado "¿cómo puedes ejercer tus derechos en virtud del RGPD?" donde simplemente aparecen enumerados los derechos que tienen los consumidores en base a los arts. 15-20 del RGPD. No obstante, sobre la forma de ejercer estos derechos las cláusulas se remiten a la configuración de Facebook. Dentro de la configuración de Facebook se encuentran funciones como la de "descargar tu información" y "registro de actividad" donde sí se explica paso por paso como ejercer, en este caso, el derecho de portabilidad y el derecho de acceso.

Asimismo, Facebook reconoce que tras la eliminación permanente de una cuenta "la información sobre ti que han compartido otras personas no se eliminará, ya que no forma parte de tu cuenta" y también que "es posible que cierta información (como los mensajes que has enviado a amigos) siga estando visible después de eliminar la cuenta" porque "las copias de los mensajes que has enviado están almacenadas en las bandejas de entrada de tus amigos". Estas cláusulas serían conformes a la excepción prevista en el art. 16.3, apartado d), de la DCSD que establece que el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales salvo cuando dicho contenido haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido.

Finalmente, Facebook también regula qué ocurre con los contenidos generados por los usuarios que no son datos personales. Por un lado, en cumplimiento del

49 La última actualización es de fecha 21 de agosto de 2020.

art. 95 de la LOPDGDD⁵⁰ Facebook ofrece la posibilidad de que los usuarios obtengan una copia de todos sus datos antes de eliminar la cuenta. Sin embargo, la cláusula que establece que “cuando eliminas tu cuenta, eliminamos el contenido que has publicado, como tus fotos y actualizaciones de estado, por lo que no podrás recuperar esa información más adelante” es contraria al art. 16.4 de la DCSD y al art. 119.5 ter del TRLGDCU que precisamente ofrecen al consumidor el derecho a recuperar los contenidos digitales que haya subido o creado tras la resolución del contrato.

2. Twitter

En la política de privacidad de Twitter⁵¹, bajo el título “gestionar nuestra información personal sobre usted” se detalla la forma de ejercitar los siguientes derechos: acceso o rectificación de los datos personales, eliminación (supresión), oposición al tratamiento, limitación o retirada del consentimiento y portabilidad.

Sobre el deber de abstención de uso de los datos de los usuarios, Twitter establece que “conservamos los datos de registro durante un máximo de 18 meses”, y se añade que “eliminar tu cuenta de Twitter no eliminará tu información de los motores de búsqueda como Google o Bing porque Twitter no controla esos sitios. Cuando desactives tu cuenta de Twitter, las menciones del nombre de usuario de tu cuenta en los Tweets de otras personas seguirán existiendo. Sin embargo, ya no se vinculará a tu perfil, ya que tu perfil ya no estará disponible”⁵².

Respecto el derecho de recuperación de datos se proporciona una forma de descargar toda la información que los usuarios han compartido durante el uso de la red social. Sin embargo, se afirma que una vez que se elimina una cuenta “no podrás reactivar tu cuenta anterior y no tendrás acceso a ningún Tweet antiguo. Si quieres descargar tus datos de Twitter, deberás solicitarlo antes de desactivar tu cuenta”. Por lo tanto, estas condiciones de Twitter también incumplen con lo estipulado en el art. 16.4 de la DCSD y el art. 119.5 ter del TRLGDCU.

50 De acuerdo con el art. 95 de la LOPDGDD el derecho de portabilidad afecta también a los datos no personales en servicios de redes sociales y servicios equivalentes: “los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible”.

51 La última actualización es de fecha 19 de agosto de 2021.

52 <https://help.twitter.com/es/managing-your-account/how-to-deactivate-twitter-account> (última consulta 23/11/2021).

3. TikTok

En comparación con Facebook y Twitter, las cláusulas relativas a los derechos de los usuarios que se incluyen en la política de privacidad de TikTok⁵³ son mucho más oscuras. En el apartado “sus derechos” se incluyen los siguientes: acceso a los datos, borrar sus datos, modificar o corregir sus datos, portabilidad y objetar al uso de los datos, restringir su uso y retirar su consentimiento. No obstante, no se prevén mecanismos rápidos para el ejercicio de cualquiera de los derechos descritos, únicamente que “para más información sobre cómo hacer estas solicitudes [solicitud de ejercicio de uno o más de los derechos indicados], puede ponerse en contacto con nosotros utilizando los datos de contacto que constan más abajo y nosotros estudiaremos su solicitud de conformidad con la legislación vigente”.

Sobre la supresión de los datos personales únicamente se afirma que “usted nos puede pedir que borremos la totalidad o algunos de sus datos personales” aunque se añade que “existen ocasiones en las que tendremos que conservar sus datos durante más tiempo, de conformidad con nuestras obligaciones legales o si es necesario para acciones judiciales”. Dentro de las obligaciones legales podría entenderse incluido el cumplimiento del deber del art. 16.4 de la DCSD.

Por último, en cuanto al derecho de portabilidad se establece que “usted nos puede pedir una copia de los datos personales que nos ha facilitado en un formato de lectura mecánica”. Nada se dice acerca de la portabilidad de los datos que no sean datos personales.

4. WhatsApp

En la política de privacidad de WhatsApp⁵⁴ también aparece un apartado titulado “cómo ejercer tus derechos” donde se enumeran los derechos conforme el RGPD y la forma de ejercerlos.

Sobre qué sucede con la información del usuario cuando elimina su cuenta, WhatsApp afirma que “transcurrirán 90 días desde el inicio del proceso de eliminación para que se elimine tu información de WhatsApp. También es posible que se mantengan copias de tu información después de los 90 días por un tiempo limitado en el almacenamiento de la copia de seguridad que usamos para recuperar datos perdidos en casos de desastres naturales, errores de software o algún otro evento de pérdida de datos”. Ciertamente, la DCSD no obliga al

53 <https://www.tiktok.com/legal/new-privacy-policy?lang=es> (última consulta 23/11/2021). La última actualización es julio de 2020.

54 <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy-eea> (última consulta 23/11/2021). La última actualización es de fecha 4 de enero de 2021.

empresario a eliminar los datos no personales del usuario tras la resolución del contrato, únicamente a no utilizarlos. Sin embargo, se echa en falta que entre los motivos que se exponen para conservar los datos tras la resolución del contrato no se incluya el derecho del consumidor a solicitar su portabilidad.

En cuanto al derecho de los consumidores de obtener los contenidos que han ido generando tras la resolución del contrato, las cláusulas generales de WhatsApp establecen que en caso de eliminar la cuenta no se puede solicitar posteriormente una copia de los datos. En concreto se prevé que: “si desinstalas WhatsApp de tu teléfono y no quieres perder los mensajes, asegúrate de hacer una copia de seguridad manual de los chats antes de desinstalar la aplicación”, lo cual vuelve a ser contrario al art. 16.4 de la DCSD.

5. Telegram

En la política de privacidad de Telegram⁵⁵ aparece un apartado titulado “your rights regarding the personal data you provide to us” (no hay versión oficial en español) donde se sigue la misma dinámica de enumerar los derechos que reconoce el RGPD incluyendo una breve explicación de cada uno. Como ocurre con TikTok, para el ejercicio de estos derechos las cláusulas prevén que el usuario debe ponerse en contacto con el delegado de protección de datos: “if you wish to exercise any of these rights, kindly contact us using the details in section 12 below”.

El único derecho que se detalla es el derecho de supresión que prevé que al borrar una cuenta se eliminan todos los mensajes, medios, contactos y cualquier otro dato que se almacene en la nube de Telegram y esta acción no se puede deshacer. Además, por defecto, si un usuario deja de usar Telegram y no se conecta durante al menos 6 meses, la cuenta se elimina. Como ocurre con todas las cláusulas que se han analizado, la eliminación permanente de los datos tras la cancelación de la cuenta de un usuario impide que éstos puedan ejercer su derecho a recuperar sus datos tras la resolución del contrato.

V. CONCLUSIONES

Hoy en día, la mayoría de los servicios de redes sociales, mensajería instantánea o almacenamiento en la nube se ofrecen sin que los usuarios paguen ningún precio gracias a la monetización de sus datos. La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma de la UE que ha regulado expresamente la utilización de los datos personales como moneda de cambio para el suministro de contenidos y servicios digitales. A

⁵⁵ <https://telegram.org/privacy?setln=es#9-your-rights-regarding-the-personal-data-you-provide-to-us> (última consulta 23/11/2021). La última actualización es de fecha 14 de agosto de 2018.

partir del 1 de enero de 2022, también España contemplará por primera vez en el TRLGDCU estas situaciones.

El legislador europeo por fin ha dado el paso de regular una situación que desde hace años es frecuente en el marco de la economía digital. Un paso en la buena dirección que, sin embargo, no ha sido todo lo ambicioso que podía esperarse pues no se han tenido en cuenta las nuevas formas del consumo – como la figura del prosumidor– en el binomio consumidor-empresario, tampoco se ha contemplado la cuestión del suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos no personales y se han reconocido una serie de derechos para los consumidores respecto a sus contenidos tras la resolución del contrato pero con importantes excepciones que condicionan su ejercicio.

Por otro lado, las condiciones de uso y de privacidad de las plataformas digitales deberán adaptarse para incluir las nuevas obligaciones y derechos que introduce la DCSD. En especial, se deberá reconocer el derecho de los consumidores a recuperar los contenidos que éstos hayan creado o facilitado durante el suministro de los contenidos o servicios digitales tras la resolución del contrato, pues por ahora parece que la única forma de recuperar estos contenidos se encuentra condicionada a que el contrato esté en vigor.

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 ALONSO PÉREZ, M.T. y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (dir): *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 117-128.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, 2021, núm.9881, pp. 1-32.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 838-862.

COMISIÓN EUROPEA: *Commission Staff Working Document Impact Assessment. Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, SWD (2015) 274 final.

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. 93-118.

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. 3-34.

GSELL, B.: "Art. 14" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 241-272.

METZGER, A., EFRONI, Z., MISCHAU, L., METZGER, J.: "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, núm. 9, pp. 90-109.

PLANA ARNALDO, M.C.: "Economía de los datos y propiedad sobre los datos", *Revista de Educación y Derecho*, 2021, núm. 24, pp. 1-26.

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*, Editorial Aranzadi, 2018, núm. 45, pp. 1-25.

SCHMIDT-KESSEL: "Right to withdraw consent to data processing –the effect on the contract" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. y LOHSSE, S. (dirs.): *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 129-146.

SCHULZE, R.: "Article 6" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 107-118.

STAUDENMAYER D.: "Art. 8" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 131-168.

TWIGG-FLESNER, C.: "Art. 16" en SCHULZE, R., STAUDENMAYER D. (ed.): *EU Digital Law. Article-by-article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 278-297

