



LOS DATOS COMO CONTRAPRESTACIÓN O LA PÉRDIDA ENCUBIERTA DE LA PRIVACIDAD DEL INDIVIDUO A CAMBIO DE “SERVICIOS GRATUITOS”*

Alba García Hernández
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 25 de enero de 2022

1. Introducción

Cada vez viene cobrando más fuerza la idea de emplear nuestros datos personales como contraprestación de servicios que, a nuestro parecer, se presentan gratuitos, pues, como consumidores, no reconocemos el valor real de los datos personales que, en la mayoría de las ocasiones, cedemos alegremente.

Ahora sí, se puede decir que los datos personales constituyen una auténtica contraprestación y es de esta forma como queda patente en las normas vigentes en materia de protección de datos. En consecuencia, toda contraprestación lleva asociado un valor económico que, cuando se habla de datos personales, resulta más elevado de lo que podría imaginarse.

En este trabajo se analiza esta nueva problemática servida en el entorno digital. Se analizan diversas cuestiones como la determinación del valor económico de nuestra información personal y la consideración de esta como mercancía, supuestos en los que se prohíbe el pago con datos personales, la manida importancia del consentimiento y otras

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9996 financiado con cargo a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN-31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).



cuestiones jurídicas referidas al ámbito contractual como el derecho al desistimiento, las garantías reconocidas a las partes ante posibles incumplimientos o los mecanismos de protección que el ordenamiento ofrece al consumidor como figura vulnerable en tales circunstancias.

2. Punto de partida: ¿es real la nueva tendencia de acuerdo con la cual se usan como pago los datos personales?

Se podría decir que nos estamos acostumbrando a usar ciertos servicios a cambio de entregar nuestros datos libremente, ya que estamos absolutamente convencidos de que esta situación supone una auténtica ventaja para nosotros como consumidor pues accedemos a un servicio a cambio de nada, lo que, nada más lejos de la realidad, entendemos que es un servicio gratuito. No obstante, a estos supuestos se puede aplicar el siguiente dogma: “si es gratis, el producto eres tú”. Por ejemplo, *Google*, a través de su aplicación *Maps*, con sus nuevas condiciones de uso, requiere a los usuarios la cesión de sus datos personales como condición necesaria para poder disfrutar de una experiencia plena de sus servicios, debido a que, si el consumidor se niega a tal contraprestación, *Google* limitará las funciones y, por tanto, la utilidad para el consumidor se verá llamativamente reducida. En otros sectores como la banca, encontramos casos similares, donde, para poder proceder al estudio de viabilidad financiera de los solicitantes de un préstamo, se establecía como requisito la apertura de una cuenta bancaria y la entrega de datos personales.

Realmente, como consecuencia de esta tendencia más que generalizada, se producen importantes asimetrías negociales, ya que los consumidores ceden sus datos con el convencimiento de la gratuidad del contrato. Sin embargo, la realidad es otra muy distinta: se trata de un pacto oneroso de carácter bilateral, en el que los datos personales que se facilitan representan una valiosa forma de pago. Por tanto, se puede decir que nuestra información personal es una contraprestación no dineraria.

Esta relevancia teórica se manifiesta en la práctica en la misma medida. Recientes estudios sobre la preocupación de los ciudadanos europeos en relación con la protección de datos han revelado que:

- El 95% de los encuestados afirmaba que la protección de datos era relevante.
- El 52 % de los europeos considera que tiene el control sobre su información personal y conoce el número de organizaciones que los trata, maneja, o tiene acceso a ellos.
- 8 de cada 10 se muestran preocupados por si sus datos pudieran ser conocidos por las personas equivocadas.



En el caso de nuestro país, los encuestados manifiestan que, en una escala de 1 a 10, la trascendencia de la protección de datos es de un 9,2 aproximadamente. Por otro lado, el 81% demuestra preocupación por un posible tratamiento indebido. Esta preocupación coincide con el hecho de que el 55% de los españoles confiesa no mantener el control de sus datos personales, pues desconocen qué organizaciones tienen acceso a sus datos. No obstante, a pesar de este clima de incertidumbre e inquietud, el 88% de los usuarios españoles se muestran conformes con la opción de acceder de forma gratuita a servicios digitales a cambio de sus datos¹.

3. ¿Qué son datos personales? Marco normativo

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD) define, en el apartado primero de su artículo cuarto, los datos personales como *toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); [...] 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 persona[...]*.

La protección de los datos personales es calificada como derecho de la personalidad. La STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Constitucional establece el contenido de este derecho como “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”².

En este punto, se ha de poner en relación el término *–datos personales–* con la idea de *Big Data*, definiéndose este como la “colección de conjuntos de datos tan grande y compleja que se vuelven difíciles de procesar usando herramientas de gestión de bases de

¹ <https://www.kaspersky.co.uk/blog/are-we-losing-control-of-our-data/22835/>

² RTC 2000/292.



datos disponibles o aplicaciones tradicionales de procesamiento de datos”³. De este modo, se entiende como *Big Data* el conjunto de grandes volúmenes de datos, recabados a partir de la actuación diaria de los usuarios en el entorno digital⁴.

El *Big Data* resulta de gran utilidad para cualquier organización, aunque su relevancia se incrementa cuando se trata de instituciones tecnológicas, ya que, a su través, pueden almacenar datos personales y tratarlos con fines económicos.

De otra parte, en relación con la legislación vigente, se ha de considerar el marco relativo al comercio electrónico con aquel referido a la protección de datos personales. Respecto al primero, se tendrán en cuenta los principios de buena fe, transparencia, libertad contractual como base del sistema y el principio de seguridad jurídica en lo que respecta a la formación de contratos electrónicos⁵. En la práctica, se podría apreciar cierto incumplimiento de estos principios, puesto que, a pesar de que los contratos digitales son siempre de adhesión, resulta complejo saber cuál es el tratamiento que se le da a la información. En consecuencia, los usuarios aceptan, independientemente, de que entiendan las cláusulas de uso o no⁶. Además, se ha de tener presente las últimas modificaciones introducidas en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por el Título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

4. Reconocimiento normativo de los datos personales como contraprestación

La consideración de los datos personales como contraprestación se encuentra especialmente extendida en el ámbito tecnológico, particularmente, en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. En este punto, ha sido la Directiva 2019/770 la primera norma que ha reconocido “la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda explotarlos y utilizarlos como instrumento de cambio en el

³ BECERRIL GIL, “Información de Identificación Personal, Big Data y Personal Data Store”, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático (Segunda Época)*, nº 1, 2016, p. 39.

⁴ E. ONTIVEROS BAEZA, “Economía de los datos. Riqueza 4.0”, en V. LÓPEZ SABATER (coord.), Ariel S.A., Madrid, 2017, p.35.

⁵ Se presupone cuando la contratación tiene lugar a través del intercambio de datos; sin embargo, si el contrato se efectúa a través de Internet, la seguridad jurídica es menos evidente.

⁶ BARRÓN ARNICHES, P., La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales), *Cuadernos Europeos de Deusto*, (61), 29-65, 2019, pp. 53-54.



mercado, configurando de este modo la cesión de los datos personales como una verdadera contraprestación contractual”⁷.

No obstante, no todas las instituciones se han mostrado conformes con este reconocimiento. Inicialmente, el Supervisor Europeo de Protección de Datos (en adelante, SEPD) manifestaba que los datos personales no son una “mera mercancía”, ya que tal consideración contravendría la naturaleza propia de tal información a la que se reconoce el estatus de derecho fundamental. Expone que ligarlos a los tradicionales activos supone cierto “engaño o confusión”, pues los titulares no son plenamente conscientes de cuándo los ceden a un tercero⁸.

La calificación de los datos personales como medio de pago podría entrar en contradicción con lo dispuesto en el art. 1271 del Código Civil (en adelante, CC), cuando señala que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”.

Cabría plantearse si la comercialización de los datos personales no podría entrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 1271 del Código Civil (en adelante: CC), cuando señala que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”. Y es que, dado que el art. 18 CE considera la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental, se podría pensar que estos no pueden ser utilizados como contraprestación. Sin embargo, otros derechos similares como el derecho a la intimidad o a la propia imagen, resultan disponibles en su dimensión patrimonial. De este modo, el objeto de la contraprestación consistiría no en dar, debido a que los datos personales se erigen como un derecho personalísimo cuya propiedad no puede ser trasferida, sino en hacer (la obligación del usuario consumidor es la cesión de los datos al empresario para su tratamiento). Además, en el marco normativo actual no existe ninguna norma que excluya los datos personales del comercio.

4.1. La realidad práctica de esta situación: caso *Google vs. Chu*

Múltiples son las denuncias de usuarios que han sido presentadas antes los organismos nacionales de defensa de los consumidores por este motivo. Aunque, de manera particular, me gustaría incidir sobre un caso presentado ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual peruano (en adelante, INDECOPI). El supuesto enfrentó a Luis Chu, como actor, y a *Google*, como

⁷ MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *InDret*, 2021.

⁸ GARCÍA PÉREZ, R., “Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12. N° 1, 2020, p. 883.



denunciado, debido a la utilización de información difusa en las condiciones de uso, en parte, motivada por la falta de traducción al español de las cláusulas originarias escritas en inglés. Tal situación fue aducida por Chu como condición de abusividad. Además, el actor alegaba que *Google* carecía de libro de reclamaciones.

La Comisión de Protección al Consumidor Sede Lima Sur declaró la improcedencia de la denuncia, debido a que no apreciaba una “relación de consumo” como consecuencia de la falta de una efectiva contraprestación económica. De este modo, la Comisión entendía que se trataría de un servicio ofrecido a título gratuito.

El actor apeló la resolución en base a la concurrencia de una relación de consumo real, debido a que el consumidor intercambió sus datos personales por el servicio de navegación prestado por *Google*. La Sala de Especialización en Protección al Consumidor, como órgano resolutor competente, declaró la nulidad de la primera resolución por considerar los datos personales como contraprestación⁹.

5. Valor económico de los datos personales

Como punto de partida para determinar el valor de los datos, se han de diferenciar dos supuestos:

- La entrega de datos a cambio de un servicio supone una contraprestación económica que se corresponde con dinero, lo que conllevaría la necesidad de establecer parámetros de cuantificación económica.
- No existe tal contraprestación económica y, en consecuencia, la operación es gratuita.

Realmente, la entrega de datos personales no se encuadra en ninguno de estos dos planteamientos, ya que no son dinero en sentido estricto, pero sí que se aprecia cierto valor, por lo tanto, el negocio no sería gratuito. El contrato trata, como una única opción contractual a la que se adhiere el consumidor, “la prestación de un servicio digital a cambio de la cesión de datos personales”. La obligación del usuario se corresponde con “el permiso para la utilización de tecnologías de creación de perfiles automatizados, porque además de los datos de identificación se le requiere también el permiso para esta finalidad, bajo la advertencia de que, en caso de no concederse tal autorización, el proveedor no podrá prestar el servicio. Además, esta situación se produce también cuando el consumidor paga un precio por el servicio digital, en ambos casos se ve “forzado” a

⁹ GARATE SUYO, S. C., & MALDONADO RUELAS, K. F., Los datos personales como contraprestación económica: A propósito del caso Google vs Chu y la protección de los derechos del consumidor, 2020, pp.4-5.



autorizar la monitorización, luego en este segundo supuesto, el usuario paga una doble contraprestación: dinero y pérdida de privacidad”¹⁰.

Así, se puede decir que los datos personales se han convertido en un valioso activo patrimonial, hasta el punto de que han sido considerados como el “petróleo del siglo presente”¹¹. La actuación de las empresas resulta “redonda”: los consumidores ofrecen sus datos a cambio de servicios que consideran gratuitos como la instalación de una aplicación, la suscripción a bases de datos, el registro en una red social, etc. a organizaciones que se encargan de almacenarlos o de venderlos a otros. Esta nueva tendencia se ha visto favorecida por el desarrollo de la tecnología y la fragmentación o desregulación normativa¹².

Así, la configuración de los datos personales como contraprestación dineraria plantea el siguiente problema: ¿cuál es el valor económico de esta información? Bien es cierto que responder a esta pregunta entraña serias dificultades, pero lo que sí que queda claro es que los datos personales tienen un indudable valor económico. Son múltiples los datos valiosos para los empresarios, desde el nombre o la edad hasta el número de tarjeta de crédito, el estado civil o el número de teléfono. Además de estos, se han de tener en cuenta otros adicionales que se deducen del comportamiento de los consumidores y usuarios en la actividad económica como los patrones de consumo o sus preferencias. Con esta información, las empresas adaptan sus acciones a los comportamientos de los potenciales clientes para obtener un mayor rendimiento, incluso, pueden ceder la información recabada a terceros, aumentando así la rentabilidad obtenida, aunque esta operación requiera del consentimiento de los titulares de los datos¹³.

Como ya se ha dicho, la cuantificación del valor de la información personal acepta todo tipo de modalidades, aunque, en la actualidad, como consecuencia de la opacidad del este mercado, resulta bastante difícil estimarlo. Sí que hay que tener en cuenta que no todos los datos tienen el mismo valor, aunque se ha observado que los más cotizados son aquellos relativo a la salud. De acuerdo con estudios publicados por el *Financial Times*, “la información básica como la edad, el sexo y la ubicación tendrían un valor de 0,0005\$ mientras que si se añade más información como la marca de coche que usamos, dónde nos vamos de vacaciones o información financiera, esta cifra aumentaría exponencialmente”¹⁴.

¹⁰ BARRÓN ARNICHES, P., La pérdida de privacidad ... op. cit. p.46.

¹¹ VELENCOSO, L. M. M., & LÓPEZ, M. S., El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?, *InDret*, 2018.

¹² VELENCOSO, L. M. M., & LÓPEZ, M. S., El nuevo concepto ... op. cit.

¹³ MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales... op. cit.

¹⁴ MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales... op. cit.



Sin embargo, aunque nuestros datos personales individualmente considerados presenten un valor insignificante económicamente, su explotación empresarial reporta destacables beneficios económicos. Por otro lado, este resultado deriva de un segundo efecto: el valor de la información personal depende del volumen de datos comercializados, pues cuanta más información, superiores serán los ingresos. Por tanto, se observa que, en términos generales, los datos de cada persona no son en sí relevantes, sino que lo más importante es obtener información sobre el conjunto de la actividad *online* para poder conocer patrones y preferencias y configurar un patrón de comportamiento del usuario. Los datos individuales cobran mayor relevancia cuando concurren con otros datos y permiten una reconstrucción de la personalidad online capaz de predecir nuestros pasos o intereses en la vida real¹⁵.

De este modo, el papel de los usuarios ha evolucionado y ahora, a cambio de la “pérdida” de su privacidad, participan de un negocio en el que no perciben ganancia dineraria alguna. Nos hemos convertido en el producto¹⁶.

6. Supuestos excluidos: ¿cuándo no es posible usar los datos como contraprestación?

La Directiva 2019/770 establece ciertos casos en los que la entrega de datos personales por parte del consumidor no puede ser considerada como contraprestación: “cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”¹⁷. La misma línea sigue su Considerando 25, el cual fija que “cuando el contenido digital y los servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, la presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el empresario recabe datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales, o con el único fin de cumplir requisitos legales. Esas situaciones pueden incluir, por ejemplo, aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación”.

La justificación de esta exclusión responde a que los servicios digitales en estos casos no se prestan a partir del intercambio de estos por datos personales del usuario, sino que la entrega de esta información es necesaria para prestar el propio servicio, por motivos técnicos o legales. Esta circunstancia se corresponde con aquellos casos en los que el

¹⁵ VELENCOSO, L. M. M., & LÓPEZ, M. S., El nuevo concepto ... op. cit.

¹⁶ VELENCOSO, L. M. M., & LÓPEZ, M. S., El nuevo concepto ... op. cit.

¹⁷ Art. 3.1.



consentimiento del consumidor queda desplazado por “la necesidad técnica o legal es tratar dichos datos personales para que los contenidos o servicios digitales puedan suministrarse”¹⁸.

Así pues, los casos excluidos son dos:

1. No podrán ser utilizados como contraprestación los datos que resulten necesarios para el suministro digital por parte del empresario y, en consecuencia, para el efectivo cumplimiento del negocio. Por ejemplo, los datos recabados con fines de localización geográfica.
2. Para el cumplimiento de las previsiones legales en materia de seguridad e identificación.

La consecuencia será que en estos supuestos no va a resultar de aplicación la Directiva 2019/770, y, en por este motivo, los usuarios no están protegidos con los mecanismos que esta norma prevé. Cuando los servicios digitales se suministran al usuario sin ninguna contraprestación por su parte, la protección que le reconoce la normativa es menor que en aquellos casos en los que el consumidor debe cumplir con una contraprestación, independientemente de que esta se correspondiera con en el pago de un precio o en la cesión de datos personales¹⁹. Por tanto, la clave para que los datos personales no sean considerados como una contraprestación real, es necesario que el empresario no emplee los datos del cliente con finalidades diferentes a las recogidas y, en consecuencia, que no haga un uso comercial de estos²⁰.

7. Requisitos esenciales: la información precontractual y el consentimiento de los titulares

Uno de los problemas que entrañan los contratos de suministro de contenido o servicios digitales en los que los datos personales juega el papel de contraprestación es el deber de información precontractual exigible al empresario y, de forma más directa, sobre el precio de tales servicios. El TRLGDCU prevé, en el apartado primero de su art. 60, que “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”. Asimismo, el art. 60 reconoce que, en lo referido al precio, “serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en

¹⁸ MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales... op. cit. p. 104

¹⁹ Se refiere, por ejemplo, a la cesión del número de teléfono móvil a *WhatsApp* como condición necesaria para poder prestar el servicio.

²⁰ MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales... op. cit. pp. 103-104.



esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales”²¹.

En este punto, se ha de destacar que, en los contratos de suministro de servicios y contenidos digitales, el precio es desconocido, incluso, para ambas partes intervinientes, debido a la dificultad para calcular el valor de estos. En lo que a este aspecto respecta, la información precontractual resultará siempre incompleta, circunstancia que no es óbice para el cumplimiento del deber de información exigible al empresario. En palabras de MARTÍNEZ CALVO, la información precontractual en estos contextos debería ser mayor si cabe, debido a la desigualdad generada entre empresario y consumidor y como consecuencia de la intromisión en su esfera más privada, fruto de la cesión de sus datos personales. Entre la información proporcionada, se ha de comunicar, expresamente, el uso dado a los datos recopilados²².

En resumidas cuentas, la base de este nuevo sistema se asienta en dos pilares: la información precontractual y el consentimiento de los titulares de los datos personales recabados. Ambos conceptos se pueden agrupar bajo la concepción “*consentimiento informado*”.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (en adelante, RGPD) determina que el consentimiento deberá ser libre, informado, específico e inequívoco. Asimismo, se debe prestar de manera separada a otras cuestiones. La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestaba, en sentencia de 11 de noviembre de 2020, que “el consentimiento de los consumidores y usuarios ha de ser prestado mediante un acto concreto por el que se entienda que el interesado autoriza el tratamiento de sus datos personales de forma inequívoca”.

De esta forma, una de las características atribuibles al consentimiento es que ha de ser expreso, siendo esta la única fórmula de prestarlo admitida por el RGPD. El consentimiento ha de ser explícito en aquellas situaciones en las que existe un grave

²¹ La misma postura sigue el art. 97 relativo a la contratación a distancia.

²² MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales... op. cit. p. 110.



riesgo sobre los datos y en los que, por esta razón, se hace necesario tener un elevado control sobre la información cedida. El cumplimiento de esta obligación no es fácil, concretamente, en el ámbito digital. En este caso, las páginas *web* y las plataformas apuestan por el uso de formularios o por el marcaje de casillas o botones de “acepto”. En otras ocasiones es común, particularmente en el campo de las redes sociales, que el empresario recabe el consentimiento en el momento de la suscripción. El consentimiento se define, así, como una declaración o acción afirmativa²³.

8. ¿Es necesario que se reconozca un auténtico derecho de desistimiento?

Tradicionalmente, ha sido discutida la idea sobre el reconocimiento de un auténtico derecho de desistimiento a los consumidores de servicios digitales, dado que podría suponer un perjuicio grave para la contraparte, el empresario. Ante tal circunstancia, este derecho se articuló, aunque de forma limitada.

El elemento fundamental de este derecho es que los contratos objeto de conflicto hayan sido celebrados en dos circunstancias: a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles.

Respecto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, se requiere que el contrato se celebre en lugar diferente al establecimiento mercantil y que se encuentren presentes consumidor y empresario²⁴. Este último requisito es el que distingue el contrato fuera del establecimiento de aquel celebrado a distancia.

En el tema que se aborda, la mayoría de los contratos celebrados lo son a distancia, por lo que no existiría problema alguno en reconocer el derecho de desistimiento al consumidor, en virtud del principio *pro consumidor*. Como viene sucediendo, el plazo para el ejercicio de este derecho es de 14 días naturales, ampliables hasta un año cuando se deduzca que el empresario ha incumplido los deberes de información precontractual.

Realmente, el régimen que regula el derecho al desistimiento resulta bastante limitativo, pues, para poder darse es necesario que el usuario no haya tenido acceso a la prestación del empresario, es decir, a los servicios o contenidos digitales. Sin embargo, de nuevo, la información precontractual ofrecida por el empresario juega un papel fundamental, ya

²³ GARCÍA HERNÁNDEZ, A., Cuando los usuarios se convierten en el producto: *Google Maps* se suma a la tendencia “datos a cambio de uso gratuito”, *Revista CESCO*, 2020, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Cuando_los_usuarios_se_convierten_en_el_producto-_Google_Maps_se_suma_a_la_tendencia.pdf

²⁴ Arts. 59 bis y 92 TRLGCU.



que, siempre que esta no sea conforme, el consumidor podrá ejercer este derecho, incluso, después de haber tenido acceso a los contenidos digitales²⁵.

9. Incumplimiento del contrato

El legislador, en virtud de dar cumplimiento al principio de simplicidad normativa, ha fijado un régimen único por el que se regule el incumplimiento en el caso de los contratos sobre contenidos y servicios digitales.

9.1. El incumplimiento contractual por parte del consumidor

Debido al carácter sinalagmático del contrato, el empresario podría hacer uso de la garantía ofrecida por el artículo 1124 CC, de manera que podría resolver el contrato o bien, exigir al consumidor incumplidor el cumplimiento. Ambas fórmulas irían acompañadas de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. No obstante, aquí se plantea el primer obstáculo: forzar al cumplimiento de la prestación acordada al usuario contravendría la normativa en materia de protección de datos, cuyo pilar fundamental es la prestación del consentimiento libre por parte del consumidor. Por tanto, nadie puede ser obligado a prestar sus datos personales. Realmente, la única alternativa que aquí se plantea es la opción de la resolución contractual.

En estos términos, se ha destacar el incumplimiento que tiene lugar como consecuencia de la revocación del consentimiento, esto es, aquellos casos en los que, en un primer momento, el consumidor presta normalmente su consentimiento, pero, posterior, cambia de idea y decide retirarlo. La solución a esta cuestión se residencia en la normativa estatal en la que se dispone que, cuando el usuario retire su consentimiento o se oponga al tratamiento de datos, el empresario podrá resolver el contrato²⁶. Sin embargo, como ya se ha dicho, no podría obligar al cumplimiento específico. Además, en este contexto, surge una particularidad respecto al resto de incumplimientos contractuales: no cabe reconocer a favor del empresario indemnización alguna.

9.2. El incumplimiento contractual por parte del empresario

La obligación a la que el empresario se compromete cumplir es la prestación de los contenidos o servicios digitales de forma debida, esto es, en tiempo y forma. En situación de incumplimiento, el usuario tiene derecho a compeler al empresario incumplidor al cumplimiento efectivo de su compromiso originario exigiendo el suministro de los contenidos o servicios digitales concertados sin demora. Si no lo

²⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., Los Datos personales... op. cit. pp. 114.

²⁶ Art. 19 ter TRLGDCU.



hace, el consumidor podrá resolver el contrato. De otra parte, puede decirse que, ante cualquier falta de conformidad de los servicios o contenidos prestados por el empresario, independientemente de su carácter grave o no, el consumidor podrá optar entre exigir la inmediata puesta en conformidad o pedir la resolución del contrato. Si se inclinara por esta última alternativa, el consumidor que decida resolver el contrato no deberá realizar pago alguno por el tiempo que haya hecho uso de los mismos.

Resueltas las cuestiones atinentes al incumplimiento, sí que se plantea cierto problema en lo que se refiere a la resolución del contrato, pues la forma típica de articular esta institución jurídica es la restitución de las prestaciones. La postura del empresario es sencilla, pues este cesará en la prestación de los servicios convenidos, pero la cosa se complica cuando se trata del usuario, pues la cesión de datos personales se cataloga como una obligación de hacer en la que la restitución es, francamente, imposible. Sí que cabría hablar de restitución ante la obligación del empresario de devolver al usuario os contenidos que hubiera generado mediante la utilización de los servicios ofrecidos por el empresario²⁷. Asimismo, queda prohibido para el empresario hacer uso de estos contenidos creados con el uso en futuras ocasiones (imágenes, vídeos, etc.).

A este respecto, uno de los inconvenientes que se plantea es que no existe garantía efectiva por la que se asegure que los datos del consumidor no puedan ser empleados en futuros tratamientos, pues, en la actualidad, no existen medios suficientes para eliminar datos de forma íntegra y permanente.

10. La protección al consumidor como parte vulnerable

En primer lugar, es necesaria la aplicación de los principios que velan por la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios: los principios *pro consumidor e indubio pro consumidor*, debido a que, en esta ocasión, actúan bajo un papel singularmente vulnerable o de especial desventaja, pues ofrecemos nuestros datos sin ser verdaderamente conscientes de su valor. Como se viene diciendo, la asimetría informativa tiene origen desde el momento en el que se aceptan los Términos y Condiciones de uso de los servicios, pues, a pesar de que alguien se parara a leerlos detalladamente, resulta complicado conocer quién los trata o dónde se almacenan.

A pesar de la aplicación de los anteriores principios rectores del ordenamiento en materia de consumo, así como del ejercicio de los tradicionales derechos atribuidos a los consumidores y usuarios, la interpretación de estos resulta insuficiente, por lo que se ha

²⁷ Considerando 70 y artículo 16.4 de la Directiva 2019/770.



de apostar por la legislación de este nuevo planteamiento en el que se consideran los datos personales como contraprestación.

11. Conclusiones

- 1º) La protección de datos se presenta como un asunto de gran calado social. Los ciudadanos, de acuerdo con los resultados arrojados por recientes estudios, muestran una gran preocupación respecto al tratamiento de su información más privada, aunque, quizás de manera equivocada, tienen la creencia de conocer, plenamente, a quién ceden sus datos.
- 2º) De manera pionera, la Unión Europea ha reconocido a los datos personales como medio de pago con la Directiva 2019/770, reconocimiento que se ha hecho extensivo al resto de ordenamientos. El ordenamiento europeo ha incluido los datos personales en el ámbito de las posibles contraprestaciones que una de las partes puede quedar obligada a entregar en un negocio, dado el carácter “comercial” que se le ha atribuido con el desarrollo de los servicios digitales; sin embargo, no pueden ser considerados como contraprestaciones económicas *strictu sensu*.
- 3º) A pesar de este cambio de rumbo, no puede asimilarse este reconocimiento como contraprestación con la consideración de los datos personales como simple mercancía, pues la información a la que se refieren se encuentra brindada por una protección reforzada propia del estatus de los derechos fundamentales.
- 4º) En este ámbito, concurren cuerpos normativos un tanto dispares: legislación en materia de consumo y aquella otra referida a la protección de los datos personales. Sin embargo, el marco regulatorio no ofrece solución clara a ciertas cuestiones como la calificación del contrato, el momento el que tiene lugar la cesión, etc. Lo que sí resulta claro es que se trata de un contrato sinalagmático y oneroso.
- 5º) El valor económico de los datos personales es indudable, aunque es cuestión compleja determinarlo con exactitud, debido a la opacidad del mercado en el que actúan. Con todo, se han convertido en un importante activo para las empresas. Tanto es así que se habla del “nuevo petróleo”. Asimismo, constituye la base de una nueva ciencia como es el *Big Data*.
- 6º) Como pilar de este sistema se presenta, como en tantas otras ocasiones, el consentimiento informado, obligación que corre a cuenta del empresario y que permite la formación de una voluntad libre y exacta en el consumidor. Son clave, en consecuencia, la información previa y el consentimiento de los titulares de los datos personales recabados. El empresario ha de comunicar al usuario los fines del tratamiento, con el objetivo de que este pueda “marcar los límites” con conocimiento total de hasta qué punto su privacidad está siendo intervenida.



- 7º) No siempre es posible utilizar los datos personales como medio de pago. Dos son los supuestos en los que tal uso queda restringido: no podrán ser utilizados como contraprestación los datos que resulten necesarios para el efectivo cumplimiento del negocio o para dar cumplimiento a las previsiones legales en materia de seguridad e identificación.
- 8º) A pesar de las peculiaridades específicas de estos contratos, se reconoce, de manera plena, un auténtico derecho de desistimiento a los consumidores en los mismos términos que el ordenamiento prevé para el resto de las modalidades contractuales. La restitución de las prestaciones resulta complicada, por lo que al empresario no se le impone la obligación de restituir, sino de no hacer, esto es, debe abstenerse de continuar con el tratamiento.
- 9º) Respecto al incumplimiento, se ha de distinguir entre aquel derivado de la actuación u omisión del consumidor del producido por el empresario. En el caso del primero, solo cabe la resolución contractual, mientras que, en el segundo, es posible, además de la resolución, el cumplimiento efectivo. Esto es así debido a que la legislación en materia de protección de datos prohíbe la prestación de consentimiento forzado. Por tanto, los efectos de la resolución serán los mismos que los descritos ante el ejercicio de desistimiento.
- 10º) El reconocimiento de los datos personales como contraprestación ha permitido una importante extensión de los mecanismos de tutela y protección al entorno digital como consecuencia del pago con información personal en lugar de con dinero, como tradicionalmente se venía haciendo.
- 11º) Como recomendación para el futuro, se ha de promover la educación de los consumidores en operaciones tecnológicas, con objeto de adaptarnos al cambio constante propio del entorno digital. Se debe prestar atención a la sensibilización de los ciudadanos sobre la importancia de la privacidad y la protección de los datos personales. En resumidas cuentas, educar en la siguiente premisa: pensar dos veces antes de ceder información personal ante el convencimiento de la gratuidad del servicio ofrecido.