

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

.....

**EL MERCADO DE LOS DATOS: VALORIZACION PRIMARIA Y
SECUNDARIA DE DATOS PERSONALES.**

Daniel Armendia Girón

DIRECTOR / ZUZENDARIA

María Ángeles Egusquiza Balmaseda

Pamplona

22 de enero de 2024

Resumen:

El creciente sector de la tecnología ha encontrado en los datos personales, el sustrato para poder percibir enormes beneficios. Por ello, la Unión Europea ha formulado un régimen jurídico que garantiza la explotación segura de dichos datos personales en el marco de los derechos fundamentales de la Unión. No obstante, el valor de estos datos con los que se mercadea sigue siendo una incógnita para los propios interesados, y es que esta ignorancia supone una desigualdad material que es necesario que sea estudiada. Por ello, el objeto de este trabajo es poner de manifiesto la actual problemática existente en el régimen jurídico establecido para la Unión Europea, así como esclarecer cuales son los criterios para la averiguación del valor de nuestros datos.

Palabras clave: datos, contrato, valorización, primaria, secundaria.

Abstract:

The growing technology sector has found in personal data the substrate to be able to perceive enormous benefits. For this reason, the European Union has formulated a legal regime that guarantees the secure exploitation of such personal data within the framework of the fundamental rights of the Union. However, the value of these marketed data remains unknown to the interested parties themselves, and this ignorance represents a material inequality that needs to be studied. Therefore, the purpose of this work is to highlight the current problems that exist in the legal regime established for the European Union, as well as to clarify what the criteria are for determining the value of our data.

Key words: data, contract, valorization, primary, secondary.

I. INTRODUCCIÓN	4
II. EL MERCADO DEL DATO: NORMATIVA E INTERACCIÓN DEL CONSUMIDOR.	6
1. El marco jurídico aplicable	6
2. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.	12
2.1. – <i>La naturaleza jurídica del contrato.</i>	13
2.2. – <i>El dato como bien.</i>	17
2.3. – <i>Información precontractual</i>	21
2.4. – <i>Derecho de desistimiento</i>	25
2.5. – <i>Emisión y revocación del consentimiento</i>	33
2.6. – <i>Incumplimiento del contrato</i>	40
III. LA VALORIZACIÓN DE LOS DATOS: EL NEGOCIO DE LA PRIVACIDAD DENTRO DE LA NORMATIVA EUROPEA.	50
1. La valorización primaria.	55
2. La valorización secundaria.	58
IV. CONCLUSIONES	65
V. BIBLIOGRAFÍA	69
VI. JURISPRUDENCIA	72

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos quince años, la evolución que ha experimentado la sociedad gracias a los avances tecnológicos no ha tenido par. La aparición de los smartphones, las cookies, las aplicaciones móviles, el Big data, las criptomonedas, han traído numerosas implicaciones tanto sociales como económicas, que se han traducido en clarísimas opciones de inversión empresarial y también de legislación.

“The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. Esta fue la proclama que realizó el periódico *The Economist* en 2017¹ y ha sido cuanto poco acertada, pues las empresas más importantes a nivel internacional en la actualidad dependen directamente de los datos.

Para contextualizar la magnitud del sector ante el que nos encontramos, en el año 2022 el número de descargas de aplicaciones móviles en los principales portales de descarga alcanzó los 255 mil millones². Por otro lado, según Statista, el volumen de uso web, correos electrónicos y tráfico de datos de los consumidores del mundo en 2022 supuso por mes, una cantidad cercana a los 32.500 petabytes³. Estos datos, arrojan multitud de conclusiones sobre la evolución del mercado, pero también multitud de consecuencias que recaen sobre los que son la parte fundamental del sector, las personas.

De hecho, las empresas han aprovechado la innumerable cantidad de datos que se generan diariamente para obtener beneficio económico de estos. La principal fuente de este recurso es, sin lugar a duda, los datos personales que son aportados y generados por

¹ PARKINS, D: *“The world’s most valuable resource in no longer oil, but data”*. The Economist, 6 de mayo, 2017. [The world’s most valuable resource is no longer oil, but data \(economist.com\)](https://www.economist.com/news/technology-and-science/20170506-the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data).

² [Descargas mundiales de aplicaciones \(apps móviles\) | Statista](https://www.statista.com/es/comunicacion/telefonos-moviles/).

³ <https://es.statista.com/estadisticas/635665/trafico-mundial-de-datos-de-la-web-y-correos-electronicos-de-consumidores/>

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

las personas. En este concreto, los datos personales de aquellos que acceden a los casi infinitos servicios y contenidos digitales que en la actualidad son accesibles por todo el mundo. A más a más, gran cantidad de los servicios o contenidos digitales a los que puede acceder los ciudadanos consumidores o usuarios, son gratuitos. A finales de este año, los principales portales de descarga mundiales contabilizan entre en 95%-97% las aplicaciones de índole gratuita sobre las de pago⁴.

Y es que, no solo con base en esos datos, el intercambio de datos e información que se ha derivado de la innovación tecnológica debe ser en cierto grado regulado, para poner solución a los problemas que puedan traer aparejados. En este sentido, la Unión Europea, con la reciente publicación en 2020 de la Estrategia Europea de Datos⁵, está pretendiendo la creación de un mercado único de datos el cual permita que estos fluyan libremente, en beneficio de las empresas, investigadores y administraciones públicas.

Ante el imparable crecimiento de un sector que se ha consolidado como necesario para el futuro de la economía, la Unión Europea, ha establecido, como veremos a continuación un marco regulatorio contractual para aquellas transacciones de datos entre consumidores y empresas con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, la competitividad del sector y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

Es, en definitiva, objeto de este trabajo, el estudio del marco contractual propuesto por el legislador, así como las principales vicisitudes que engloban a estas nuevas formas de contratar, a destacar un estudio de los criterios que pueden dar valor real a los datos en dichos negocios jurídicos.

⁴ [Android & iOS free and paid apps share 2023 | Statista.](#)

⁵ [Estrategia europea de datos - Comisión Europea \(europa.eu\).](#)

II. EL MERCADO DEL DATO: NORMATIVA E INTERACCIÓN DEL CONSUMIDOR.

1. El marco jurídico aplicable.

Pese a que la Estrategia Europea de Datos fuese publicada en el año 2020 por la Comisión Europea, lo cierto es que la Unión Europea, y sus antecesores tales como la Comunidad Económica Europea o los Estados firmantes de los Tratados Fundacionales, se han preocupado con anterioridad del crecimiento del uso de los datos por parte de todos los operadores partícipes del sector.

La realidad jurídica sobre los datos tuvo un comienzo muy distinto a las especificidades que se van a estudiar en el trabajo, pues la primera preocupación sobre la injerencia de los datos en la esfera de la persona fue precisamente por su afectación a la intimidad.

El nacimiento del derecho a la protección de datos como un desagregado del derecho a la intimidad ha tenido su sentido. El desarrollo que se le dio, tanto doctrinal como jurisprudencial, tanto en Europa como en EE. UU. ha tenido como consecuencia la aparición del que es actualmente un derecho fundamental en los Estados Miembros de la Unión Europea.

Desde EE. UU. sentencias como *Griswold vs Connecticut*⁶, donde se definió el derecho a la intimidad como un derecho autónomo y específico o, *Whalen vs Roe*⁷ donde se reconoce el conflicto para impedir que se difundan datos personales y el interés de disponer de información para tomar ciertas decisiones importantes, marcaron en cierta medida el contorno del derecho a la intimidad y el interés de los datos respecto a este.

⁶ <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/381/479.html>.

⁷ <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/16sentenciasupremoamericano.htm>.

Mientras tanto, en Reino Unido, dada su cercana relación con EE. UU., comenzó a trabajar los primeros textos legislativos respecto a la privacidad durante la década de los 60 que terminaron desembocando en la *Data Protection Act* de 1975 que, sin embargo, no fue sancionada hasta 1984⁸ debido a numerosas mejores e informes sobre la complejidad inherente a definir la intimidad. Encontramos, además, las propuestas alemanas con la Ley de Hesse⁹ de 1970 a la cabeza, eso sí limitada a la esfera de control de los datos que manejaba la administración y La Ley del Censo Poblacional de 1984, que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional Alemán.

Así, la preocupación por la influencia de los datos en Europa empezó a crecer en la década de los 70s, 80s. A esta cuestión, se sumó España la cual, junto con Portugal han sido de los pocos Estados en contemplar, no de forma directa la protección de datos, sino más bien la relación de la informática con la esfera de los derechos personalísimos. Así en España el artículo 18.4¹⁰ de nuestra constitución establece que *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*. Para este caso, es preciso profundizar brevemente en el contenido de este artículo mediante las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional, las cuales junto al desarrollo normativo europeo han concluido en lo que actualmente conocemos con derecho a la protección de datos.

En primer lugar, la STC 254/1993¹¹ marcó un hito fundamental en lo que respecta a la protección de datos al conjurar que *“la llamada 'libertad informática' es, así, derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano al hecho que determinados datos personales se utilizan para hasta diferentes de aquel legítimo que justificó la obtención”*. Sin embargo, aquí no se reconoció un derecho autónomo, sino un derecho

⁸ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/35/enacted>.

⁹ <https://protecciondata.es/wp-content/uploads/2019/10/00041.pdf>.

¹⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

¹¹ <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2383>.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

instrumental que garantiza el derecho a la intimidad y vida privada. Cabe destacar, además, que el recurrente, y así lo menciona también la Sala, se enroca en el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1981, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹², al que España se adhirió en 1985, y fue el primer instrumento internacional en reglar el fenómeno del tratamiento automatizado de datos para los Estados miembros y, el primer texto que proclama principios y derechos sobre protección de datos personales.

Asimismo, hay que subrayar, que, a la publicación del fallo, España acababa de regular en esta materia con la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD)¹³ y que, sin embargo, no sirvió como argumento para fallar a favor del recurrente en amparo. Esta nueva norma surgió con motivo de la firma del Acuerdo de Schengen¹⁴ y del Convenio para la Aplicación del Convenio de Schengen¹⁵ ya que para participar de los beneficios de su aplicación debían de implantar un sistema de protección de datos que satisficiera unos requisitos y exigencias y, la Propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 24 de septiembre de 1990, relativa a la protección de las personas en lo relativo al tratamiento de datos personales¹⁶. Y, es por ello, que con la aprobación de esta Ley Orgánica surgió la Agencia Española de Protección de datos, como una autoridad de control independiente.

La Directiva 95/46/CE¹⁷ constituye a la fecha el texto de referencia, a escala europea, en materia de protección de datos personales. Como consecuencia a la adopción

¹² <https://rm.coe.int/1680078b37>.

¹³ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-24189>

¹⁴ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1799.pdf>

¹⁵ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7586>.

¹⁶ Hoy Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 24 de octubre de 1995

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

de esta normativa europea, España, en cumplimiento de la obligación de trasposición, publicó la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999, conocida como LOPD¹⁸. El objetivo fundamental de esta Directiva era así lograr en la UE la libre circulación de datos personales susceptibles de tratamiento informático o que han sido tratados informáticamente, lo que debería impulsar y favorecer el comercio intracomunitario. Esta Directiva, además, incluyó y amplió la protección de los principios que recogió el Convenio 108.

Tras la salida de la Directiva 95/46/CE y la trasposición española, es necesario hacer mención a la STC 292/2000, ya que en pro de los pasos legislativos que se habían dado en Europa y en España y en consonancia con jurisprudencia del mismo tribunal¹⁹, la Sala reconoce que el derecho a la intimidad no ofrece protección suficiente frente a la nueva realidad que supone el progreso tecnológico. Es por eso, por lo que se trata de la primera sentencia que trata al derecho a la protección de datos como un derecho fundamental²⁰.

Tiempo después tras la firma del Tratado de Lisboa en 2007²¹ y su entrada en vigor en 2009, la Unión Europea se embarcó, gracias a sus nuevas competencias adquiridas en materia legislativa en la redacción de una normativa europea que diera cumplimiento a los mandatos establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

¹⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>.

¹⁹ Entre otras podemos encontrar: STC 143/1994; STC 11/1998:

²⁰ STC 292/2000, de 30 de noviembre: “(...) el contenido del derecho a la protección de datos consiste en 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 esencial 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”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>.

²¹ <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campus
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Europea²² y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²³. Y con ello, se redactó el Reglamento 2016/679²⁴.

El objetivo detrás del Reglamento 2016/679 no fue otro que garantizar la seguridad jurídica en todo el territorio de la Unión, evitando la multiplicidad legislativa sobre la materia, el control así por parte de la Unión de una normativa esencial para objetivos primordiales como el mercado único, y como consecuencia, la armonización de toda la posible dispersión normativa en este ámbito concreto.

Esta normativa se vio completa con la entrada en vigor del Reglamento 2018/1807, relativo a los datos de carácter no personal²⁵. Que ha tenido como fin último el de aumentar aún más el intercambio transfronterizo de datos e impulsar la economía de los datos. Los objetivos de este Reglamento no son otros que proporcionar seguridad jurídica para que las empresas procesen sus datos en cualquier punto de la UE, aumentar la confianza en los servicios de tratamiento de datos y contrarrestar las prácticas de dependencia de un solo proveedor.

²² Artículo 8. Protección de datos de carácter personal: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

²³ Artículo 16. (antiguo artículo 286 TCE): 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>

²⁴ 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). <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

²⁵ REGLAMENTO (UE) 2018/1807 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1807&rid=1>

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Este haz de normativa que tiene el objetivo de dotar de protección y seguridad jurídica al ámbito del tratamiento de datos personales se ha adaptado en España en la Ley Orgánica 3/2018²⁶, la cual sirve de marco general y fundamental para el tratamiento de cualquier dato en España.

No obstante, la realidad tanto social como legislativa que se desarrolla en Europa desde hace prácticamente 15 años ha evolucionado hacia situaciones en las que los datos de los ciudadanos de la Unión Europea se encuentran en jaque ante las aplicaciones prácticas de los avances tecnológicos. En este sentido, se ha desarrollado una nueva forma de contratar, ahora se contrata online y la cesión de tus datos es la “moneda de cambio”.

Por ello, la UE, intentando garantizar la seguridad jurídica de todos los actores del sector, ha formalizado un nuevo régimen en el que se combina la normativa de protección de datos y la normativa de consumo, siendo el núcleo de esta convergencia la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores²⁷ (Directiva 2011/83), la Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales²⁸ (Directiva 2019/770) y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.²⁹ TRLGDCU, de aplicación en territorio nacional y donde han sido transpuestas el núcleo duro de las anteriores directivas.

²⁶ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

²⁷ DIRECTIVA 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>

²⁸ Directiva 770/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00001-00027.pdf>

²⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.

En primer lugar, una breve consideración de la Directiva 2011/83, la cuál es la precursora del derecho de consumidores en la Unión Europea al actualizar las directivas del Consejo de la Comunidad Económica Europea de los años 83,93,95 y 99. Bajo esta norma se pretendió aglutinar el régimen existente de los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil, en particular se insertó por primera vez en la normativa europea el concepto de “contenidos y servicios digitales”.

Esta segunda Directiva, es de vital importancia, ya que, a través de ella, el legislador europeo ha considerado los datos como posible contraprestación al acceso a determinados suministros de bienes y servicios digitales. Esta novedosa consideración de los datos personales como contraprestación tiene su justificación en la Estrategia Europea de Datos presentada por la Unión Europea por la cual quieren explotar plenamente el comercio electrónico de la región. Es por ello, que esta directiva tiene su sentido desde el punto de vista del consumo ya que provee de herramientas tanto para los consumidores y usuarios como para las empresas que afianzan la seguridad jurídica y ayudan a reducir costes en las transacciones dentro del mercado. Una de las herramientas que vamos a analizar en el apartado siguiente y que proporciona esta Directiva es el llamado contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

Así mismo, estas directivas han encontrado encaje en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en la normativa nacional de consumidores usuarios, con el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. De esta transposición normativa que ha llevado a cabo el legislador español, el contenido nuclear de la directiva 2019/770 se ha reflejado en los actualizados artículos 59.4, 59 bis y 66 bis.

2. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

La Directiva 2011/83 introdujo en su texto el llamado contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. La inclusión de esta figura obedecía entre otros motivos por la creciente contratación a través de internet que debía ser regulada mediante una nueva figura contractual. Sin embargo, la evolución tecnológica ha traído en la última década un nuevo paradigma en la contratación online, y es el uso de datos personales como moneda de cambio para el acceso a contenidos y servicios digitales. Esta cuestión fue abordada, como hemos dicho, a través de la Directiva 2019/770, la cual reguló el régimen aplicable a aquellos contenidos y servicios que se obtienen a cambio de la cesión de datos personales.

No obstante, esta figura contractual, tanto en la versión europea como en la española no regulaba algunas de las cuestiones que vamos a tratar en este apartado y dudas que, aún con la normativa actual, siguen suponiendo ciertos problemas para los consumidores. Por ello, el objetivo de este apartado no es otro que desarrollar los aspectos jurídicos más relevantes de esta nueva figura contractual, así como proponer algunos problemas a los que nos enfrentamos.

2.1. – La naturaleza jurídica del contrato.

La aprobación de este nuevo régimen ha tenido como consecuencia la aparición de numerosa doctrina científica que ha discutido sobre las bases jurídicas de esta novedad contractual. Un aspecto muy importante de este contrato es determinar la naturaleza jurídica del mismo, es decir, si nos encontramos ante un contrato de tipo oneroso o gratuito y si, después, puede clasificarse en alguna de las categorías típicas contractuales.

En este sentido, es necesario partir de que la Directiva 2011/83 y la Directiva 2019/770, esta última en una relación de especialidad de la primera, ya que actúa como una ley especial frente a la primera, ha abundado esta cuestión. La primera estableció el marco general de protección de los consumidores y la segunda trata de forma concreta

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

los contratos relativos al suministro de contenidos y servicios digitales. Para el legislador europeo, la Directiva 2019/770 ha tenido como principal objetivo la creación de un marco jurídico unitario en toda Europa pues según el Considerando 3 de esta *“deben armonizarse determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)”*. No obstante, éste no ha querido inmiscuirse en ciertos aspectos del Derecho contractual de los Estados Miembros, como así se destaca en el apartado 10º del artículo 3³⁰, sin perjuicio de que dicha Directiva sea de armonización plena³¹. Es por ello, que el fin último de la Directiva 2019/770, no es otro que el de regular una figura común para todos los Estados Miembros para la celebración de negocios jurídicos donde se destaque como objeto del negocio los datos personales de los consumidores y usuarios.

Dado el carácter novedoso tanto de la normativa como del propio negocio jurídico en sí, se descubre una verdadera dificultad tanto a la hora de la clasificación de este tipo de contrato, así como su tipificación dentro de las categorías clásicas. Es tal dicha cruzada, que la propia exposición de motivos, en su Considerando 12³² cede dicha tarea al Derecho nacional de los Estados Miembros.

³⁰ Artículo 3, apartado 10º: *“la presente directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general, como pueden ser 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 presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios”*.

³¹ Artículo 4: *“Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva”*

³² Directiva 2019/770, considerando 12: *“(.) La presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional (.)”*

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Hay que tener en consideración, que la figura contractual que aquí se instrumentaliza – o que se autodefine en la práctica real por las situaciones fácticas en las que participan tanto consumidores y usuarios como empresas – y que se regula en esta directiva, habilita legalmente los datos personales de los interesados como contraprestación en la celebración del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales³³. A modo de introducción en la complejidad de la naturaleza contractual de esta figura, en palabras de CÁMARA LAPUENTE³⁴: “*Esta suerte de contrato sinalagmático de perfiles aún difusos, cuajado de problemas, en particular en el momento de extinción o resolución del contrato (pero también en otros momentos de la vida del contrato, con el de su misma formación, con consentimientos y límites distintos en cuanto a la cesión de los datos y a la celebración del contrato de suministro en sí) (..)*”. Esta afirmación, sin embargo, no parece compartirse tan directamente por otros como MARTÍNEZ CALVO³⁵, que explora brevemente la vía del negocio jurídico gratuito puro aludiendo al artículo 1274 del Código Civil³⁶ (CC); o DOMINGUEZ YAMASAKI³⁷, que propone la opción de una donación modal u onerosa por parte del prestador de servicios, donde el empresario estaría donando al consumidor contenidos o servicios digitales con la carga para este de consentir el tratamiento de sus datos personales. Sin embargo, tal y como reconocen los mismos autores, por una razón – en el caso de MARTINEZ CALVO por el hecho de fallar el *animus donandi* en las puras – u otra – en el caso de DOMINGUEZ YAMASAKI por considerar que la carga del tratamiento a la que está sujeto el consumidor no tiene el mismo valor ex artículo 619 CC, ya que el valor económico de los datos personales resulta incierto – quedarían descartadas las modalidades contractuales gratuitas.

³³ Artículo 3, apartado 1º, segundo párrafo: “(...) se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario (...)”.

³⁴ CÁMARA LAPUENTE, S: “Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en CAPILLA RONCERO, F, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M, ARANGUREN URRIZA, F.J, MURGA FERNANDEZ, J.P (Dir.) y FERNANDEZ SCAGLIUSI, M.A (Coor.): *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 50.

³⁵ MARTINEZ CALVO, J: “Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos digitales”, *InDret*, 2021, p. 105

³⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

³⁷ DOMINGUEZ YAMASAKI, M: “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *RDP*, Núm. 4, 2020, p. 104.

Estas circunstancias llevan a pensar que la clasificación contractual no puede ser otra que la sinalagmática ya que, en la misma línea que defiende MARTÑINEZ CALVO, la existencia de un tratamiento sobre unos datos que sabemos que tienen contenido económico transforma el negocio jurídico en oneroso y sinalagmático. Esto mismo recae sobre la otra parte de la prestación, pues que no se cobre dinero en la prestación no significa necesariamente que el contenido o servicio sea gratuito, las contraprestaciones pueden ser un dar, hacer o no hacer³⁸. Sobre todo, si tenemos en cuenta, ya no solo el propio acceso a los datos personales de los consumidores, sino a los datos obtenidos tras el proceso de tratamiento mediante técnicas de *big data* (valorización secundaria) que incrementan el valor de dichos activos.

Por tanto, considerando el contrato como oneroso y sinalagmático, lo único que queda es responder a la pregunta de si obedece a alguna de las categorías típicas contractuales. Esta cuestión no es baladí, por que como ya hemos visto el considerando 12 de la Directiva deja esta problemática en manos del derecho nacional de los Estados Miembros. Sin embargo, no quita que deba analizarse la naturaleza jurídica del tipo contractual que se promulga en la Directiva y que ya está transpuesta en nuestro ordenamiento. En este sentido, es difícil encajarlos en un único tipo de contrato, dada la variada naturaleza de las prestaciones que se incluyen en estos negocios jurídicos. Pueden contener elementos de la compraventa o prestación de servicios³⁹, permuta, depósito,

³⁸ CÁMARA LAPUENTE, S: “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad” en CASTILLO PARRILLA, J.A., CASTAÑOS CASTRO, P (dirs.) “*El Mercado digital de la Unión Europea*”. Reus editorial, Madrid, 2019 pág. 172.

³⁹ Directiva 2011/83, Considerando 19: “(...) *los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicio* (...)”.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

comodato, suministro⁴⁰. La variada composición de características que se incluyen en este tipo de prestaciones hace decantarse por la atipicidad del contrato⁴¹.

2.2. – *El dato como bien.*

Otra de las cuestiones fundamentales a tratar en lo referente a parte del objeto del contrato, los datos personales, es determinar qué implicaciones jurídicas tiene abordar la vertiente patrimonial en cuanto a la cesión, uso y la explotación de los datos en el marco del negocio jurídico. Es, esta, una cuestión que desde la perspectiva iusprivatista ha estado – y está para ciertas partes de la doctrina – en el centro del debate debido a la ausencia de precio en la contraprestación.

Según CÁMARA LAPUENTE, ha de tenerse en consideración, por una parte, la posible adscripción de los datos a los derechos de la personalidad y por otra, al derecho a la propiedad privada por su innegable valor patrimonial. Hay que tener en cuenta, que la tradición jurídica europea, siempre ha visto los datos personales como incluidos dentro del derecho a la intimidad, tal evidencia queda plasmada de manera palmaria en las más altas normas que regulan nuestros ordenamientos (*Vid.* Art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentals de la UE, art. 16 TFUE y el art. 18.4 Constitución española).

El desarrollo de este derecho en la normativa europea ha levantado un verdadero escudo jurídico excluyendo cualquier interpretación que patrimonialice los datos personales. Sin embargo, y de manera antagónica, la tradición anglosajona, construye su régimen de tratamiento en dos derechos muy importantes como son el “*right of privacy*”

⁴⁰ CÁMARA LAPUENTE, S: “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad” en CASTILLO PARRILLA, J.A., CASTAÑOS CASTRO, P (dirs.) “*El Mercado digital de la Unión Europea*”. Reus editorial, Madrid, 2019, pág. 175: “(...) *la compraventa no es el único tipo contractual en el que encasillar el programa obligacional de las partes, pues existen servicios gratuitos (...), podrá hablarse en otros tipos contractuales (como el contrato de obra, depósito o comodato), (...)*”.

⁴¹ Como defiende MARTINEZ CALVO, J en “*Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos digitales*”, InDret, 2021, p. 107: “(...) *estamos ante un tipo de contrato atípico, ya que está dotado de unas características propias que impiden su incardinación dentro de alguna de las categorías contractuales típicas.*”

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

y el “*right of publicity*”. Mientras que el primero es el que más se parece a la tradición jurídica europea sobre el derecho a la intimidad, el segundo, regula el contenido patrimonial de los datos y habilita el poder tratar los datos como una “mercancía” ya que permite considerar los datos como objeto de propiedad y por tanto como bienes sujetos al comercio. La interpretación de este “*right of publicity*” ha encontrado diversas posturas iusprivatistas en los EE. UU., una de las cuales reconocía expresamente que cada individuo tiene un derecho exclusivo de propiedad sobre sus datos generados en internet⁴².

Así mismo, y en medio de esta burbuja de doctrina liberal, tenemos en Europa el movimiento *Generation libre* de origen francés y con base en la aportación doctrinal de algunos juristas como BINCTIN⁴³, LANDREAU, PELIKS, PEZ-PÉRARD⁴⁴. Los argumentos jurídicos que defienden este movimiento son los siguientes: (1) los datos se pueden incluir en el concepto de bienes, objeto de propiedad, como se incluyen los bienes inmateriales. RITTER y MEYER⁴⁵, defienden que toda información recogida debe considerarse un bien tangible; (2) pueden ser objeto de apropiación y control, como caracteres esenciales de la propiedad; (3) son poseíbles, así como se admite la posesión inmaterial.

⁴² En marzo de 2019, a iniciativa del senador republicano por Louisiana Kennedy, se presentó en el Senado un proyecto de Ley “para prohibir la recolección de datos o información en internet” (Own your own data Act. A Bill to prohibit the collection of data or information generated on the internet). O la “*California Consumer Privacy Act*” 2018, que reconoce el derecho inalienable a la privacidad de todas las personas, que se traduce en la posibilidad del sujeto de controlar el uso de su información personal, incluida expresamente la venta. [Codes Display Text \(ca.gov\)](#)

⁴³ BINCTIN, N: “Droit de la propriété intellectuelle”, *La semaine juridique*, nº 15, 2018, págs. 734-741.

⁴⁴ LANDREAU, I. - PELIKS, G. - BINCTIN, N. - PEZ-PÉRARD, V.: *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*. Paris, GénérationLibre, vol 148, 2018.

⁴⁵ RITTER, J. - MAYER, A., “Regulating data as property: a new construct for moving forward”, *Duke Law and Technology Review*, 16, pp. 220-277.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

En Alemania, KERBER⁴⁶ y FEZER⁴⁷ defienden posturas similares en cuanto a la creación de un derecho de propiedad intelectual sobre los datos personales y no personales intentando encajarlo dentro de la normativa vigente de protección de datos.

No obstante, hay críticos de estas doctrinas como DREXL, el cual entiende que existen dos alternativas: regular el ámbito patrimonial de los datos a través de una legislación moderna que se aplique de manera uniforme a todos los datos, tanto personales como de otro tipo, dada la notoria dificultad de distinguir datos personales de otros no personales en muchos casos. Y la otra opción que pasa por mantener la regulación de protección de datos para los personales en el marco de los derechos de la personalidad, seguida de un régimen para el resto de los datos presidido por un marco legal fuertemente comercial, sin abandonar estos al concepto de mercancía siguiendo la opinión del SEPD⁴⁸.

La realidad jurídica es que, pese a las muestras doctrinales que defienden la propiedad sobre los datos al estilo anglosajón, la legislación europea con el RGPD a la cabeza refuerza la línea sobre los derechos de la personalidad y su esfera patrimonial. Así el RGPD refleja el control que le reconoce al titular de los datos mediante la presencia del consentimiento como principal herramienta para la legitimidad del tratamiento como regla general. Además, es la propia regulación la que vincula estas potestades de control al artículo 8 de la CEDF, que contiene el derecho a la protección de datos en el ámbito de la intimidad, y no al artículo 17 referido a la propiedad⁴⁹.

⁴⁶ KERBER, W. (2016), "A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis". *Joint Discussion Paper Series in Economics*, No. 37-2016. Págs. 6 y ss. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155649/1/870294326.pdf>

⁴⁷ FEZER, K-H (2017), "Data property for the people- An intrinsic intellectual property law sui generis regarding people`s behaviour-generated informational data". *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, 9, pp. 356-370. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f828a351-a2f6-11e1-b720-1aa08eacff9&groupId=252038.

⁴⁸ Supervisor Europeo de Protección de Datos, en su conocido Informe 4/2017 sobre la Propuesta de Directiva (UE) 2019/770, sobre contenidos digitales. [17-03-14 opinion digital content en.pdf](https://ec.europa.eu/ejustice/ejustice_portal/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf) ([europa.eu](https://ec.europa.eu))

⁴⁹ Considerando 1º RGPD: La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Entendida la realidad doctrinal y jurídica en este aspecto, falta por analizar qué régimen se aplica en relación con el derecho de consumo y en concreto con la Directiva 2019/770 y su trasposición al TRLGDCU.

Para ello, el artículo 3 de la propia Directiva incluye, dentro del propio ámbito de aplicación, los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que el consumidor “(...) *facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario (...)*”. De igual forma lo lleva a cabo la legislación española al incluir la misma redacción en el artículo 59.4 del TRLGDCU⁵⁰. A primera vista, parece entenderse que existe un contrato sinalagmático entre las dos partes donde la contraprestación, por un lado, son los datos personales del titular. Debemos matizar que el SEPD en su informe de 2017 rechazo de forma manifiesta “*cualquier nueva disposición que introduzca la idea de que los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero (...) no pueden quedar sometidos al puro interés de los consumidores, como tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía*”. De la misma manera, podemos observar la ausencia del término contraprestación, al ser el mismo SEPD, el que se opuso a varios de los aspectos concretos de esta concepción⁵¹. Por ello, se utiliza el término facilitar que, más bien, podríamos entender como una cesión.

No obstante, pese al reconocimiento de la posibilidad de celebrar contratos a cambio de datos personales, ni con los derechos garantizados por el RGPD, podemos llegar a la conclusión de la existencia de un derecho de propiedad frente a los datos

⁵⁰ Artículo 59.4. El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará 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, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios 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.

⁵¹ (1) no se define lo que es “contraprestación” (counter-performance), cuando existen usos distintos de los datos distintos de la estricta “prestación” del servicio (mejorar la calidad de éste o personalizarlo, por ejemplo); (2) la facilitación “activa” de los datos no solo es una acotación insostenible (también a la luz del RGPD) sino engañosa, pues los consumidores muchas veces no son conscientes de que los facilitan ni para qué exactamente; (3) la equivalencia entre dinero y los datos, a efectos de la obligación de restitución

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

personales. En mi opinión, si bien es cierto, que la dimensión fundamental del derecho a la protección de datos, en teoría, es el pináculo de la protección, en el día a día el consumidor siente que no tiene control sobre sus propios datos, relegándose muchas veces a la cesión de estos sin conocimiento de la dimensión patrimonial que existe detrás de dicho negocio jurídico. En la actualidad disponemos de numerosas herramientas que podrían poner solución a esta incertidumbre, volviendo más tangible el control sobre los datos que facilitamos en el marco de las relaciones de consumo.

2.3. – Información precontractual

Otro aspecto que hay que analizar, y que en cierta medida es problemático sobre este tipo de contratos tiene que ver con los deberes de información precontractual que atañen al empresario, esto es sin perjuicio de la utilidad que tiene para la normativa de consumo en general, y, en concreto, con la información que éste ha de proporcionar al consumidor sobre el precio de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato.

Al respecto, en opinión de CÁMARA LAPUENTE, esta cuestión es merecedora de digna crítica, ya que ni la Directiva 2011/83, ni su guía de interpretación de 2014, contemplaban deberes específicos sobre información precontractual sobre este tipo de contratos en el ámbito del precio. Por tanto, en la actualidad solo disponemos de una regulación que nos remite en la parte que se refiere a los datos personales al RGPD en los artículos 13.4, 13.5 y 14.2⁵².

⁵² TRLGDCU: Artículo 60. Información previa al contrato. 1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. **Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación**, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

No obstante, la normativa de consumo en el artículo 60.1 TRLGDCU dispone de manera general para los contratos de consumo 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”*; y el artículo 60.2 c) TRLGDCU, referido específicamente al precio, dispone que *“serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en 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”*. En el mismo sentido, el artículo 97.1 e) TRLGDCU, que se refiere en particular a los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, prevé que el empresario ha de comunicar al consumidor *“el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio (...)”*.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la exclusión que aplica el artículo 59.4 del TRLGDCU⁵³, porque en este caso solo deberá cumplir con la normativa contenida en el RGPD al establecerse una clara equivalencia entre dos de las excepciones al consentimiento para la licitud del tratamiento⁵⁴.

⁵³ Artículo 59.4: *“(…) salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios 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.”*

⁵⁴ Artículo 6: 1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: (...) b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; (...)

Sin embargo, en los contratos que nos ocupan, normalmente el precio que el consumidor paga a cambio del suministro de los contenidos y servicios digitales no resulta desconocido, pues si bien aquel ignora el valor económico que tienen sus datos personales el empresario tiene muy claro que existe rendimiento económico tras el consentimiento del contratante. Téngase en cuenta que dicho valor económico resulta muy difícil de calcular. De hecho, normalmente ni siquiera el empresario va a conocer el valor total y exacto de los datos personales del consumidor. La consecuencia es que, en la práctica, la información precontractual que recibirá el consumidor resultará incompleta, pues no le permitirá conocer el valor de la contraprestación que realiza.

A pesar de las dificultades para calcular el valor económico de los datos personales del consumidor, el empresario tiene la obligación de informar adecuadamente al consumidor sobre la contraprestación que debe realizar a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales. De hecho, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83, propone en su punto sexto ampliar su ámbito de aplicación para incluir los contratos de servicios digitales “gratuitos” y, por tanto, aplicar los requisitos de información precontractual a todos los servicios digitales, con el fin de aclarar que la Directiva también se aplica a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio.

En este sentido MARTÍNEZ CALVO, entiende que *“que la obligación de información precontractual a cargo del empresario habría de estar reforzada en estos supuestos, pues el consumidor no solo ha de realizar una contraprestación cuyo valor económico real se desconoce, sino que además implica una intromisión en su esfera privada”*. En particular, es especialmente importante para que el consumidor pueda ser consciente de que, a pesar de la gratuidad del contrato que está celebrando para acceder a los contenidos o servicios digitales, no está celebrando un contrato gratuito sino ante un contrato oneroso en el que sus datos personales actúan a modo de contraprestación.

Además, ha de recibir información completa sobre el uso que se va a hacer de sus datos personales, para que así pueda conocer hasta qué punto está comprometiendo su privacidad mediante la cesión de sus datos (valorización primaria), y si ello le compensa para la adquisición de los contenidos o servicios digitales. Y es que, aunque en muchas ocasiones el consumidor es consciente de que está cediendo sus datos personales como contraprestación para la adquisición de contenidos o servicios digitales, no siempre está bien enterado del alcance de dicha cesión o de la utilización concreta que el empresario va a hacer de sus datos personales.

De hecho, la obligación del empresario de informar al consumidor sobre el destino y uso de sus datos personales deriva directamente de la normativa de protección de datos personales. En concreto, de los principios de lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales mencionados en el artículo 5.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679, que “exige que se informe al interesado sobre la existencia del tratamiento de datos y sus propósitos. El responsable del tratamiento debe proporcionar al interesado toda la información adicional necesaria para garantizar un tratamiento justo y transparente, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto específicos en los que se tratan los datos personales (...)” (Considerando 60 del Reglamento (UE) 2016/679).

Al respecto, el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679, recoge una serie de información que el responsable del tratamiento (en nuestro caso, el empresario) habrá de facilitar en todo caso al titular de los datos personales (el consumidor), como la identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento (ap. 1, letra a)), los fines del tratamiento (ap. 1, letra c)), los destinatarios de los datos personales (ap. 1, letra e)), la intención de transferirlos a un tercer país u organización internacional (ap. 1, letra f)), el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar dicho plazo (ap. 2, letra a)), la existencia de un derecho de acceso a los datos personales y a solicitar su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o oponerse al mismo, o la portabilidad de los datos (ap. 2,

letra b)), así como a retirar el consentimiento inicialmente prestado para su tratamiento (ap. 2, letra c)), la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (ap. 2, letra f)), etc.

Además, de acuerdo con el Considerando 58 del Reglamento (UE) 2016/679, “*el principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. Ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea (...)*”.

Es fundamental proporcionar adecuadamente toda esta información para que el titular de los datos personales pueda dar un consentimiento libre, que es un requisito necesario para que el tratamiento sea lícito. Además, desde un punto de vista contractual, si el empresario no cumple con su obligación de proporcionar al consumidor una información precontractual adecuada, tendrá importantes repercusiones prácticas en relación con el ejercicio del derecho de desistimiento, al que me referiré en la siguiente sección de este trabajo.

2.4. – Derecho de desistimiento

Durante algún tiempo, y pese a la gran inclusión de este en la Directiva 2011/83, se debatió acerca de la conveniencia o no de prever un derecho de desistimiento en favor del consumidor de contenidos digitales⁵⁵. Sin embargo, la Directiva 2011/83 optó por

⁵⁵ Como señala MARTÍNEZ CALVO, J, en su momento se consideró que la existencia de dicho derecho para los consumidores tendría consecuencias directas para los empresarios, ya que podrían ver satisfecha

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

incluir un derecho de desistimiento para este tipo de contratos, pero le dio una configuración muy restrictiva (excepciones al derecho, *dies a quo* y costes del desistimiento), que limitaba enormemente su ejercicio, llegando a sentirse como un derecho excluido desde el mismo momento en el que el consumidor tiene acceso a los contenidos digitales (salvo que el empresario haya incumplido sus deberes de información precontractual).

Es necesario advertir que prácticamente la totalidad de los contratos de esta índole son celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios, y por ello el artículo 92.2 a) TRLGDCU los define como aquellos que se conciertan “*con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario*”. Por tanto, bajo esta premisa se exige la presencia de dos requisitos: (1) que el contrato se celebre en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario⁵⁶; y (2) que el contrato se concluya con la presencia física del consumidor y del empresario, siendo este último el aspecto que marca la diferencia con los contratos a distancia, en los que no existe una presencia simultánea del consumidor y del empresario (art. 92.1 TRLGDCU).

Así mismo, estos contratos deben cumplir con otros dos requisitos, que establece, de nuevo el artículo 92.1⁵⁷, y es que: 1º) deben suscribirse “*en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la*

su pretensión desde el momento en el que acceden a los contenidos digitales e incluso hacer copias de los mismos.

⁵⁶ Art. 59 bis k) TRLGDCU: “*toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual*”

⁵⁷ Artículo 92. Ámbito de aplicación. 1. “*Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo*”.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campus
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

*celebración del contrato y en la propia celebración del mismo*⁵⁸; y 2º) que no exista presencia física del consumidor y el empresario, ya que el precepto exige expresamente que hayan sido celebrados a través de *“técnicas de comunicación a distancia”*⁵⁹.

Es curioso observar que no tiene incidencia, como también cree MARTINEZ CALVO, que el derecho de desistimiento no tiene problemas que se relacionen con el hecho de que no exista el pago de un precio, sino una cesión de datos a modo de contraprestación. De hecho, en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83 se propuso ampliar el ámbito de aplicación de este derecho a los *“servicios digitales gratuitos”* y por tanto que se aplicará el derecho de desistimiento a *“todos los servicios digitales”* ya que *“la directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio”*. En cualquier caso, aun cuando efectivamente no estaría de más una alusión expresa a este tipo de contratos por parte de la Directiva 2011/83, creo que la falta de referencia a los mismos no permite concluir ni mucho menos que no les resulte aplicable el derecho de desistimiento.

El legislador ha contemplado como una regla restrictiva del derecho de desistimiento el plazo para ejercer dicho derecho, que es de catorce días naturales⁶⁰, ampliándose hasta los doce meses⁶¹. En cuanto a la determinación del *dies a quo* dependerá de si los contenidos digitales son suministrados en soporte material u online.

⁵⁸ MARTÍNEZ CALVO, J: “Quedan excluidos los supuestos en los que el contrato sobre contenidos digitales se celebra de modo ocasional o aislado”. MIRANDA SERRANO, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley*, Núm. 920, 2021, pp. 4-5.

⁵⁹ STS 203/2021, de 14 de abril de 2021 ECLI:ES:TS:2021:1346.

⁶⁰ Artículo 102. Derecho de desistimiento: 1. *“Salvo las excepciones previstas en el artículo 103, el consumidor o usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de catorce días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 107.2 y 108”*. Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los catorce días naturales o, en su caso, a los treinta días naturales, contados a partir de: (...)”*.

⁶¹ Artículo 105. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento: 1. *“Si el empresario no ha facilitado al consumidor o usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.j), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104”*.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campus
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

En el primer caso, el cómputo del plazo comenzará a contar desde el día en el que el consumidor o un tercero designado por él adquiera la posesión material de los contenidos digitales⁶², mientras que en el segundo (nuestro caso) se sitúa en el día en el que tenga lugar la celebración del contrato⁶³.

Además, como he dicho, las reglas que obligan a seguir la normativa al derecho de desistimiento resultan bastante restrictivas. Y es que, para que resulte posible su ejercicio, es necesario que el consumidor todavía no haya tenido acceso a los contenidos digitales. Así, en el caso que nos ocupa, el suministro contenido o servicios digitales online, la exclusión se producirá desde el mismo momento en el que comience la ejecución del contrato, siempre que dicha ejecución haya comenzado con consentimiento expreso y previo del consumidor y que este haya tenido conocimiento⁶⁴ de que el inicio de la ejecución del contrato conlleva la pérdida del derecho de desistimiento⁶⁵.

En este sentido, las STS 167/2021, de 24 de marzo de 2021 y la STJUE C-208/2019, de 14 de mayo de 2020⁶⁶, han recordado estas reglas para supuestos con objetos contractuales distintos, pero de igual aplicación.

⁶² Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento: “*b) El día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, en el caso de los contratos de venta, o bien: (...)*”.

⁶³ Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.: “*c) En el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato*”.

⁶⁴ CAPILLA RONCERO, F, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M, ARANGUREN URRIZA, F.J, MURGA FERNANDEZ, J.P: *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*: pág. 33, Editorial Aranzadi, 2018.

⁶⁵ Artículo 103. Excepciones al derecho de desistimiento: “*(...) m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones: 1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento. 2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y 3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2 (...)*”.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), STS-167/2021, 24/03/2021. ECLI:ES:TS:2021:1346. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), C-208/19, 14/05/2020. ECLI:EU:C:2020:382. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226486&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3525633>.

En la primera resolución, la Sala 1ª del TS analiza el derecho de desistimiento de un contrato de corretaje inmobiliario celebrado en el domicilio del consumidor, en el que el desistimiento se produce cuando el empresario ya ha ejecutado el servicio pero sin que, durante el tiempo establecido en la ley para desistir, los consumidores prestaran su consentimiento expreso para que comenzara la ejecución del contrato, ni reconocieran al mismo tiempo que eran conscientes de que una vez que el contrato se hubiera ejecutado completamente por el empresario ya no podrían desistir. Aquí, la Sala resuelve que para que el consumidor quede privado del derecho de desistimiento previsto, conforme a la excepción contenida en el apartado a) del artículo 103 del TRLGDCU, en su versión transpuesta en la Ley 3/2014, de 27 de marzo (art. 16.a) de la Directiva 2011/83/UE), es necesario que el consumidor haya consentido el inicio de la prestación del servicio y sea plenamente consciente de que su ejecución conllevará la pérdida del derecho de desistimiento. La sala, apoya su argumentación conforme al supuesto que ya resolvió el TJUE en el asunto C-208/19, de 14 de mayo de 2020, que en su apartado 64 confirmó que la excepción al derecho de desistimiento prevista en el art. 16. a) de la Directiva 2011/83/UE requiere como requisitos el previo consentimiento expreso del consumidor acerca de la prestación del servicio de que se trata, por una parte, y la información facilitada por el comerciante sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, por otra parte.

En todos los supuestos en los que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, en el caso de los contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de internet, los efectos del desistimiento consistirán en la desactivación o inhabilitación del acceso a los mismos por parte del empresario.

Sin embargo, tal y como explica CÁMARA LAPUENTE⁶⁷, los efectos del desistimiento en los contratos de suministro de servicios digitales que no hayan sido completamente ejecutados suponen para el consumidor la facultad, precisamente de

⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE: “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales” en SANTOS MORÓN, M.ª J., MATO PACÍN, M.ª N (Coor.): *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, pág. 292, EDITORIAL TECNOS, MARDID, 2022.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campus
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

desistir del mismo pero a cambio deberá abonar al empresario *“un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato”* (108.4)⁶⁸. Además, otro de los efectos del desistimiento consiste, como así lo establece la STS 203/2021 de 14 de abril de 2021⁶⁹ o la STJUE de 27 de marzo de 2019 en el asunto C-681/17, en la extinción de las obligaciones de las partes, que se traduce en una obligación de restitución recíproca de las prestaciones derivada de la ineficacia sobrevinida del contrato⁷⁰.

Esta consecuencia tiene su trascendencia a la hora de determinar si el objeto del contrato es un servicio o un contenido digital ya que el régimen de desistimiento como hemos visto es diferente. Además, la STJUE de 8 de octubre de 2020 (EU y PE Digital

⁶⁸ TRLGDCU: 108.4: Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), STS-203/2021, 24/03/2021. ECLI:ES:TS:2021:1346: La Sala 1ª analiza el derecho de desistimiento en un contrato de prestación de servicios, respecto de un contrato celebrado por un consumidor con una empresa para la sustitución del antiguo sistema de calefacción que estaba instalado en su vivienda mediante la instalación de un sistema nuevo de calefacción y aire acondicionado por bomba de calor, iniciando la prestación del servicio de instalación de manera inmediata. Además, las comunicaciones entre las partes se realizaron por correo electrónico y, en las condiciones generales de contratación, que figuraban en la página web de la empresa, se regulaba la cláusula de revocación del contrato en la que, la empresa, no reconocía ni el derecho de desistimiento ejercido por el consumidor, ni sus consecuencias. Es por ello, que, la Sala, en el apartado tercero del Fundamento Jurídico 6º, señala que la consecuencia del ejercicio de ese derecho de desistimiento consiste en la extinción de las obligaciones de las partes, que se traduce en una obligación de restitución recíproca de las prestaciones, derivada de la ineficacia sobrevinida del contrato. Si bien, continúa el Tribunal, esta previsión restitutoria es de fácil ejecución en los contratos de entrega de bienes, pues consistirá en la restitución recíproca de la cosa y el precio, no sucede lo mismo en los contratos de prestación de servicios, puesto que, una vez prestado el servicio, no puede ser devuelto, por su naturaleza incorporal, que se agota con la propia prestación. Es por ello que, en los contratos a distancia, si como ocurrió en este caso, el consumidor ha consentido que el empresario inicie la prestación de los servicios antes de que transcurriese el plazo de desistimiento y la prestación no se ha consumado, el art. 108.3 TRLCU dispone que el consumidor deberá abonar al empresario el importe proporcional de la parte del servicio ya prestado a la fecha en la que comunique al empresario el desistimiento del total del contrato, importe que se calculará sobre el precio total acordado o sobre la base del valor de mercado del servicio ya prestado.
<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), C-681/17, 27/03/2019. ECLI:EU:C:2019:255.
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=212283&doclang=ES>.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

GmbH, asunto C 641/19⁷¹, concluye sobre la facultad de desistimiento de un consumidor, que el hecho de que la empresa emitiera un informe psicológico como parte de la prestación del contrato no vuelve al contrato como uno de suministro de contenidos digitales, y por tanto el régimen de desistimiento es el del pago proporcional por el servicio prestado.

En relación con la compensación recibida por el empresario, en caso causa imputable a este, si es monetaria, su devolución no presenta grandes dificultades. Sin embargo, la situación cambia cuando la compensación implica la transferencia de datos personales del consumidor, que es el supuesto que estamos considerando en este estudio. En este caso, no se puede hablar de devolución en el sentido estricto, ya que los datos personales no son un bien que se pueda devolver. Por lo tanto, la principal responsabilidad del empresario al ejercer el consumidor su derecho de desistimiento no será la devolución de los datos, sino la cesación de su procesamiento; una obligación que, en mi opinión, debería extenderse a cualquier tercero al que el empresario haya podido transferir los datos del consumidor.

Es interesante considerar qué sucede con los posibles beneficios que el empresario podría haber obtenido al procesar los datos desde el momento en que se firmó el contrato hasta el momento en que el consumidor ejerce su derecho de desistimiento. Normalmente, esta cuestión no se plantea, ya que, si el empresario obtiene algún beneficio económico, será mínimo, debido al valor aparentemente bajo de los datos personales de forma individual y al corto período de tiempo durante el cual el empresario habrá podido utilizar estos datos, debido al breve plazo para ejercer el derecho de desistimiento. Además, si ha obtenido beneficios al cederlos a terceros, se entiende que deberá devolverlos, ya que, como mencioné en el párrafo anterior, después de ejercer el derecho de desistimiento, ellos también se verán privados del uso de los datos.

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), C-641/19, 08/10/2020. ECLI:ES:C: 2020:808: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=232155&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3177281>.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

No obstante, hemos observado que, cuando el empresario no cumple con los deberes de información precontractual que la ley le impone, el plazo para ejercer el desistimiento se extiende hasta doce meses. Por lo tanto, en estos casos, el empresario (o el tercero al que haya podido ceder los datos) habrá podido utilizar los datos personales del consumidor durante un período de tiempo más largo (por ejemplo, imaginemos que el consumidor agota dicho plazo y ejerce el derecho de desistimiento justo antes de que finalice), por lo que es más probable que haya obtenido algún tipo de beneficio al procesar los datos del consumidor. En tal caso, entiendo que el consumidor podría exigir que se le reembolsen dichos beneficios, aunque reconozco que en la práctica será muy difícil demostrar su cantidad.

En este sentido, la normativa de consumidores se remite al RGPD, pues el artículo 107.4 dicta que *“el empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 (...)”*, que en esencia son la garantía al derecho de supresión de los datos (derecho al olvido)⁷² y el derecho a la portabilidad de los datos⁷³. Curiosamente, los apartados siguientes mencionan las obligaciones que tiene el empresario respecto de los contenidos, datos no personales, proporcionados o creados por el consumidor en el marco del contrato, estableciendo una serie de condiciones que lo exceptúan de la abstención en su uso. Además, la ley le da la facultad al consumidor para recuperar dichos datos sin cargo alguno. No obstante, no se hace mención a una compensación económica por el valor que han generado esos datos durante la vigencia del contrato o cuando no se puede controlar que esos datos cesen efectivamente en su tratamiento por terceras empresas. Esta cuestión será tratada en el apartado sobre resolución contractual.

⁷² Artículo 17: *“El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)”*

⁷³ Artículo 20: *“El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando: (...)”*

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

2.5. – Emisión y revocación del consentimiento

Como ya hemos visto anteriormente, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no sólo plantea problemas que derivan de la necesidad de coordinar las normas establecidas en dos ámbitos distintos: el de consumo y el de protección de datos de carácter personal, sino que plantea algunos problemas en relación con la emisión y revocación del consentimiento por parte del consumidor para el tratamiento de sus datos personales. A este respecto, me remito al Dictamen 4/2017 del SEPD que hemos mencionado con anterioridad.

La Directiva 2019/770 ha tratado de forma expresa la colisión con la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal y ha dispuesto que los principios que se recogen en esta última continúan resultando plenamente aplicables, pero, además, ha establecido con claridad que en caso de conflicto con la propia Directiva 2019/770 prevalecerá la normativa de protección de datos personales ⁷⁴.

En el contexto normativo de la Directiva, es relevante destacar que el séptimo párrafo de su artículo 3 establece la primacía de las disposiciones de otros actos de la Unión que regulen sectores u objetos específicos en caso de conflicto con cualquier disposición de la propia Directiva. El octavo párrafo especifica que el Derecho de la Unión sobre la protección de datos personales se aplica a los datos personales tratados en

⁷⁴ Considerando 37 señala que “(...) la presente Directiva se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679 así como de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicho marco se aplica a cualquier dato personal tratado en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Por consiguiente, los datos personales sólo deben recogerse o tratarse de otro modo de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo”. El Considerando 48 señala que: “el Reglamento (UE) 2016/679 o cualquier otra norma del Derecho de la Unión en materia de protección de datos debe aplicarse plenamente al tratamiento de datos personales en relación con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Además, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección de los derechos, obligaciones y acciones extracontractuales que se recogen en el Reglamento (UE) 2016/679”. el Considerando 69 señala que “cuando el consumidor facilite datos personales al empresario, el empresario debe respetar las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 (...)”.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

relación con los contratos mencionados en el apartado 1. Es importante señalar que esta Directiva no afecta las disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En situaciones de conflicto entre las disposiciones de la Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá este último, como se establece también en el artículo 114.1 del TRLGDCU, según la redacción proporcionada por el artículo 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021.

En asuntos relacionados con el consentimiento para el tratamiento de datos personales, se suscitará un conflicto entre la Directiva 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679, ya que este último establece las normas concernientes a la obtención y retirada del consentimiento para el tratamiento de datos personales. Dado el carácter prioritario del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770, abordaré de manera separada ambos aspectos: primero, me referiré a la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor y, a continuación, abordaré la posible revocación del mismo.

a. Emisión de un consentimiento libre

El artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 exige que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se preste de forma libre. Y para determinar si efectivamente el consentimiento emitido cumple con dicho requisito, el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 subraya en su cuarto párrafo que *“se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”*⁷⁵.

⁷⁵ Idea que también se recoge en el Considerando 42: *“el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar (...) su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”*. Que de igual forma se ha reflejado en el artículo 6.3 LOPD que prevé que *“no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”*.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Sin embargo, surge el interrogante sobre si la necesidad imperativa de ceder los datos personales del consumidor para acceder a los contenidos o servicios digitales (especialmente cuando constituye la contraprestación de un contrato) podría sugerir que el consentimiento no se otorga de manera libre. Esto se debe a que, en ausencia de dicho consentimiento, el individuo se vería privado del uso de dichos servicios. Es crucial considerar que, dada la primacía del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770, podría argumentarse que el consumidor tiene la capacidad de negarse a otorgar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales y aun así conservar el derecho de acceder a los contenidos o servicios digitales. Esto se debe a que no debería condicionarse dicho acceso al hecho de que el consumidor dé su consentimiento, ya que, en tal situación, dicho consentimiento no sería considerado libre.

No obstante, surge la problemática de que esto implicaría que la decisión sobre la gratuidad u onerosidad del contrato recaería en el consumidor, como ya han señalado algunos autores⁷⁶. De esta manera, si el consumidor se niega a dar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, transformaría un contrato que hemos identificado como oneroso en uno de carácter gratuito. En este último caso, la prestación que debe realizar el empresario, consistente en proporcionar contenidos o servicios digitales, no estaría acompañada por una contraprestación por parte del consumidor.

Una posible solución para sortear la prohibición de condicionar la ejecución del contrato al consentimiento para el tratamiento de datos, y así evitar que la naturaleza onerosa o gratuita del contrato dependa exclusivamente de la voluntad del consumidor, sería, como propone MARTÍNEZ CALVO, interpretar el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales (LOPDGDD)⁷⁷ en el sentido de que la cesión de los datos personales

⁷⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M: “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *RDP*, Núm. 4, 2020, p. 110 s.s.

⁷⁷ Artículo 6.3: No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>.

del consumidor constituye una de las prestaciones del contrato y, por lo tanto, es necesaria para su ejecución según los términos establecidos en dichos preceptos.

No obstante, esta interpretación podría considerarse un tanto forzada, ya que la ley parece referirse a la necesidad técnica de los datos para la prestación del servicio. Esto implicaría que el empresario requiere esos datos específicos para suministrar los contenidos o servicios digitales y excluye la posibilidad de tratar los datos con otros fines, como, por ejemplo, con fines publicitarios.

Por otra parte, desde la perspectiva negocial, a mi modo de ver, podría explorarse la consideración de que la recepción de bienes y servicios digitales sin consentimiento expreso por parte del consumidor en cuanto a la cesión de datos nos situaría en una suerte de enriquecimiento sin causa a favor de éste que, en última instancia, podría justificar la tenencia y el uso de los datos, por parte de quien se los suministró, en reequilibrio de esa situación.

Y desde la práctica jurídica, esta cuestión tendría su incidencia en el caso de la revocación del consentimiento, así como en los posibles efectos de una resolución contractual, ya que es en estos casos cuando alguna de las partes podría estar interesada en ejercer alguna acción. Para ello, debería estudiarse su posible encaje jurídico, y para ello, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado los requisitos que conforman un verdadero principio general del derecho, como han apuntado, entre otras, las STS 261/2015, de 13 de enero y STS 729/2020, de 5 de marzo⁷⁸.

b. Revocación del consentimiento

⁷⁸ “Como principio general del derecho, cuya formulación sería “nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro”, se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el Derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)”.

Otro de los problemas que puede plantear el reconocimiento de los datos personales como contraprestación contractual en los contratos sobre suministro de contenidos y servicios digitales es relativo a la revocación del consentimiento por parte del titular de los datos⁷⁹ ya que la normativa ampara una revocación libre y en cualquier momento.

De este tenor normativo, se configura un derecho en el titular de los datos personales donde retirar el consentimiento se configura como un derecho de carácter absoluto e irrenunciable⁸⁰. Ciertamente, la revocabilidad del consentimiento no solo es una característica distintiva del derecho a la protección de datos personales, sino que también es inherente al conjunto de derechos de la personalidad. En estos derechos, la autorización para permitir intrusiones en los mismos también es susceptible de ser revocada⁸¹. Y esto es ciertamente importante a la hora de compararlo con el resto de los derechos de la personalidad ya que la revocación de un consentimiento puede llevar una indemnización de daños y perjuicios que, como ha considerado el legislador europeo en el Considerando 42 del RGPD, no pueden sufrir ningún perjuicio para su prestador, lo cual excluye la posibilidad de la indemnización.

Por otro lado, la configuración absoluta que el RGPD parece otorgar al derecho de revocar el consentimiento para el tratamiento de datos personales impide su exclusión o limitación, ya que cualquier obstáculo a la libre revocación del consentimiento entraría

⁷⁹ Artículo 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679: “*el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento*”. Considerando 42: “*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*”.

⁸⁰ AGUILERA RUIZ, “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/HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 125

⁸¹ GARCÍA RUBIO, M “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, en Díez-Picazo y Ponce de León (coord.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 252.

en conflicto con la normativa de protección de datos personales⁸². En consecuencia, el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor constituya la contraprestación a su cargo en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales no excluye ni restringe su facultad para revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento otorgado. Esta conclusión no solo se basa en la primacía del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770 (que también es relevante), sino también en la propia Directiva 2019/770, que establece explícitamente en su Considerando 39 que *"el derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. El derecho del consumidor a resolver el contrato con arreglo a la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor"*. Sin embargo, esto tiene gran repercusión desde el punto de vista contractual ya que choca de lleno con el artículo 1256 CC⁸³.

Es evidente que si la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos se realiza dentro del plazo de catorce días contemplado para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor (siempre que se cumplan los estrictos requisitos aplicables a los contratos de contenidos o servicios digitales suministrados en línea), la cuestión no plantea mayores problemas desde el punto de vista contractual. Sin embargo, una vez transcurrido este plazo de desistimiento (o en situaciones en las que dicho derecho se excluye, como ya hemos analizado), la situación se vuelve más complicada, ya que la normativa no contempla una figura que permita al consumidor apartarse unilateralmente del contrato.

⁸² ROSSELLÓ RUBERT, F "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de derecho mercantil*, Núm. 303, 2017, pp. 163 s

⁸³ Artículo 1256 CC: *"la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*. Y SÁNCHEZ LERÍA, M "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", *RADP*, Núm. 45, 2018, pp. 14 ss.

Algunos proponen la introducción de un derecho de desistimiento “*ad nutum*” a favor del consumidor en este tipo de contratos, donde la contraprestación implica la cesión de sus datos personales. Este derecho no estaría sujeto a ningún límite temporal y podría ejercerse en cualquier momento durante la vigencia del contrato. No obstante, esto podría resultar en la práctica dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de uno de los contratantes, en este caso, el consumidor, incluso si se flexibiliza el derecho de desistimiento. Así, persiste el problema de una posible violación del artículo 1256 del Código Civil. Además, como se mencionó anteriormente, el ejercicio del derecho de desistimiento en contratos de contenidos digitales es particularmente controvertido, dada la posibilidad de comprometer seriamente los intereses del empresario, lo que ha llevado al legislador a establecer restricciones significativas. Por lo tanto, ampliar este derecho de esta forma carece de sentido.

Autores como MARTINEZ CALVO o AGUILERA RUIZ consideran que la revocación del consentimiento para el tratamiento de estos datos personales debería ser tratados como un incumplimiento contractual por parte del consumidor, cuyas consecuencias veremos en el apartado que sigue.

Entiendo que existirán situaciones en las que el consumidor podrá revocar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales por parte del empresario sin que ello constituya incumplimiento por su parte. Consideremos, por ejemplo, un escenario en el cual la obligación del empresario es suministrar al consumidor un contenido o servicio digital específico, mientras que la contraprestación del consumidor implica permitir un tratamiento específico de sus datos. Una vez que el empresario haya proporcionado al consumidor el contenido o servicio digital acordado, y este haya autorizado el tratamiento específico de sus datos personales conforme a lo pactado, ambas partes habrán cumplido con sus respectivas obligaciones y por tanto se podría practicar la revocación.

No obstante, este supuesto es bastante concreto y la normalidad en los tratamientos es que perduren en el tiempo, pues ya hemos visto que el empresario obtiene rendimiento económico de los mismos no mediante su tratamiento esporádico, tratándolos mediante técnicas de big data o incluso cediéndolos a terceros. Además, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales generalmente no tienen carácter instantáneo, como ya hemos visto su naturaleza contractual resulta bastante diversa, y lo que se puede afirmar es que suelen prolongarse en el tiempo. De hecho, muchos tienen características de contratos de suministro lo que tiene como consecuencia el tratamiento de estos supuestos en dicho régimen contractual⁸⁴. En estos casos, cabe entender que el consumidor estará obligado a continuar permitiendo el tratamiento de sus datos personales durante todo el tiempo en el que tenga acceso a los contenidos o servicios digitales en cuestión, por lo que si en cualquier momento revoca el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, estaría incurriendo en un incumplimiento del contrato.

2.6. – Incumplimiento del contrato

El legislador ha implementado un régimen unitario para abordar el incumplimiento en el ámbito de los contratos relacionados con contenidos y servicios digitales. Este enfoque proporciona remedios generales y comunes para todos los casos, lo que facilita la adaptación de la normativa a los constantes cambios derivados de los avances tecnológicos y previene su rápida obsolescencia. Sin embargo, es importante señalar que no todos los remedios ante el incumplimiento son aplicables de manera uniforme a todos los tipos de contratos. Además, el régimen establecido se caracteriza por su cierta imprecisión y resulta incompleto, ya que en ocasiones se recurre en exceso a la remisión a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

⁸⁴ Considerando 51 de la Directiva 2019/770: “muchos tipos de contenidos o servicios digitales se suministran de forma continua a lo largo del tiempo, como el acceso a servicios en nube (...)”. Vid. Considerandos 56 y 57 de la Directiva 2019/770 respecto de las características del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales.

a. Incumplimiento contractual por parte del consumidor

En primer lugar, y para estudiar las causas de incumplimiento contractual por parte del consumidor, debemos recordar que la Directiva 2019/770, se apoya fuertemente en la delegación a la normativa nacional para los supuestos de incumplimiento, pues como ya he comentado, se trata de un sistema generalista el cual se remite a los Estados Miembros.

La Directiva 2019/770 no ha previsto expresamente las causas de los incumplimientos por parte de los consumidores pero, si atendemos a nuestra normativa nacional, dado el carácter sinalagmático de este tipo de contratos, parece que el empresario podría hacer uso de la facultad que le atribuye el artículo 1124 CC⁸⁵ y optar entre resolver el contrato o exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación en los términos acordados, en ambos supuestos con resarcimiento de daños y abono de intereses. No obstante, la posibilidad de exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación en los términos acordados colisiona frontalmente con lo dispuesto en la normativa de protección de datos personales, que ya hemos visto que prevé expresamente que el consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales ha de prestarse de forma libre⁸⁶, por lo que nadie puede ser compelido a consentir el tratamiento de sus datos personales.

Sí que es interesante para el análisis, dado que es uno de los supuestos que más se da en la práctica, concretar cuáles son los extremos que se aplican a la retirada del consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento, tal y como he hecho referencia anteriormente. Lo creo por dos motivos: el primero, por la práctica frecuente y el segundo

⁸⁵ Artículo 1124: La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

⁸⁶ Artículo 4.11 RGPD: “consentimiento del interesado”: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;

que ante dicho incumplimiento no cabe una indemnización por daños y perjuicios al empresario.

En cuanto a las consecuencias derivadas de este tipo de incumplimiento, una vez más, la Directiva 2019/770 no las ha previsto expresamente. Al respecto, se limita a indicar en su Considerando 40 que "la presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional". Por lo tanto, en nuestro caso, debemos recurrir a las normas contempladas en el Código Civil para abordar el incumplimiento del contrato.

Dado el carácter sinalagmático de este tipo de contratos, ante el incumplimiento por parte del consumidor, el empresario estaría facultado para resolver el contrato, según lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil. De hecho, el artículo 119 ter.7 del TRLGDCU (en la redacción dada por el artículo 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021) señala que "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". Pero, jamás podría obligar al consumidor a cumplir con el contrato dada la limitación que establece el RGPD en la propia definición de consentimiento, al tener que ser libre.

En cualquier caso, para proporcionar mayor seguridad jurídica, creo que hubiera sido apropiado que el legislador comunitario fuera más preciso al abordar las posibles consecuencias del incumplimiento del contrato por parte del consumidor en los diversos escenarios que pueden surgir a raíz de dicho incumplimiento.

b. Incumplimiento contractual por parte del empresario

Son causa de incumplimiento contractual como así está recogido en la Directiva 2019/770 en los artículos 13 y 14, el incumplimiento de suministro por parte del empresario y la falta de conformidad, respectivamente. En este caso, el legislador europeo ha sido más concreto que en el apartado anterior.

En este sentido, a menos que las partes hayan acordado lo contrario, el empresario debe proporcionar los contenidos o servicios digitales al consumidor sin demora indebida después de la celebración del contrato, según el artículo 5.1 de la Directiva 2019/770. Es por esta obligación que establece la directiva que en las situaciones en las que el empresario incumple esta obligación, el consumidor puede exigir el cumplimiento inmediato. Y si el empresario persiste en el incumplimiento, el consumidor tiene el derecho de resolver el contrato. Según el artículo 13.1 de la Directiva 2019/770, el consumidor solicitará al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. Si el empresario no los suministra sin demora indebida, o en un plazo adicional acordado expresamente por las partes, el consumidor tiene el derecho de resolver el contrato. Este mismo principio se refleja en el artículo 66 bis.2 del TRLGDCU, modificado por el artículo 16.5 del Real Decreto-ley 7/2021⁸⁷. Por lo tanto, la obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida implica que debe hacerlo de inmediato. Si el empresario persiste en el incumplimiento del suministro, el consumidor tiene el derecho de resolver el contrato.

⁸⁷ Considerando 61: Cuando el empresario haya incumplido el suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor debe pedir al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. En tales casos, el empresario debe actuar sin demora indebida o dentro de un plazo adicional acordado expresamente por las partes. Considerando que los contenidos o servicios digitales se suministran en formato digital, el suministro no debe requerir, en la mayor parte de las situaciones, ningún plazo adicional para poner los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor. Por tanto, en estos casos, la obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida ha de significar tener que suministrarlos inmediatamente. Si, a continuación, el empresario incumple el suministro de los contenidos o servicios digitales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato. En circunstancias específicas, como cuando esté claro que el empresario no va a suministrar los contenidos o servicios digitales, o cuando sea primordial para el consumidor que el suministro se efectúe en un momento determinado, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato sin pedir previamente al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales.

Pero también puede ocurrir que el empresario haya cumplido con su obligación de suministrar los contenidos o servicios digitales en el momento acordado, pero estos no estén en conformidad con el contrato.

Al respecto, los arts. 7 y 8 de la Directiva 2019/770 recogen una serie de requisitos objetivos y subjetivos para que pueda considerarse que los contenidos o servicios digitales están en conformidad. Y si no concurre alguno de dichos requisitos y, por ende, existe falta de conformidad, *“el consumidor podrá exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato (...)”*⁸⁸. De ello, se desprenden 3 opciones: (1) exigir que los servicios sean puestos en conformidad, (2) solicitar que se aplique una reducción en el precio; o (3) bien resolver el contrato.

c. En particular, los efectos de la resolución del contrato

En situaciones en las que el contrato se resuelva, ya sea debido al incumplimiento por parte del consumidor, del empresario o a la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados, surgirán una serie de obligaciones tanto para el empresario como para el consumidor.

En el caso del empresario, una vez resuelto el contrato, deberá cesar en el tratamiento de los datos personales del consumidor. Esta obligación parece extenderse igualmente a cualquier tercero al que el empresario haya cedido dichos datos. Sin embargo, no sería preciso hablar estrictamente de "restitución", ya que el empresario no debe devolver algo, sino simplemente dejar de procesar los datos personales del

⁸⁸ Considerando 62: En caso de falta de conformidad, los consumidores deben tener derecho a que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, a que se les aplique una reducción proporcionada del precio, o a resolver el contrato. Artículo 14.2 El consumidor tendrá derecho a exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, salvo que resulte imposible o que ello suponga al empresario costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, y entre ellas: a) el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad, y b) la relevancia de la falta de conformidad.

consumidor. Además, dado que la cesión de datos personales implica una obligación de hacer más que una obligación de dar, hablar de "restitución" resulta inapropiado.

El principal desafío en estos casos radica en que no hay garantía de que los datos personales del consumidor no puedan ser objeto de futuros usos, por ejemplo, por parte de otros responsables a los que el empresario haya transferido dichos datos. Los datos raramente se eliminan por completo, sino que suelen permanecer almacenados en la red. De hecho, hasta la fecha no existen medios técnicos que permitan borrar de manera total y permanente los datos subidos a internet.

Además, entre las obligaciones del empresario se encuentra la de poner a disposición del consumidor los contenidos que este haya creado o almacenado durante la utilización de los servicios digitales. La normativa reconoce expresamente el derecho del consumidor a recuperar dichos contenidos (art. 16.4 de la Directiva 2019/770; véase también: art. 119 ter.5 letras d) y e) TRLGDCU, en la redacción dada por el art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). El Considerando 71 de la Directiva 2019/770 establece que *“el consumidor debe poder recuperar los contenidos dentro de un plazo razonable, sin impedimentos por parte del empresario, en un formato de lectura mecánica comúnmente utilizado y sin cargo alguno, a excepción de los gastos generados por su propio entorno digital, por ejemplo, los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los contenidos (...)”*.

Cuando estos contenidos creados o facilitados por el consumidor constituyan una contraprestación contractual o formen parte de la misma (por acuerdo de las partes: véase Considerando 24 de la Directiva 2019/770), se podría hablar de restitución propiamente dicha. Sin embargo, en otros casos, esta obligación de poner a disposición los contenidos parece ser una consecuencia específica de la resolución del contrato, diferente de la restitución de las prestaciones y prevista de manera particular para este tipo de contratos.

La razón subyacente en el artículo 16.4 y el Considerando 71 de la Directiva 2019/770, que otorgan al consumidor el derecho a recuperar los contenidos creados o facilitados durante el uso de los servicios digitales, se expone en el Considerando 70 de la misma Directiva. Este señala que “el consumidor podría verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales si se ve privado de acceso a contenidos que no sean los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales. Para garantizar que los consumidores puedan gozar de una protección efectiva en relación con el derecho a resolver el contrato, el empresario, previa solicitud del consumidor, debe poner dicho contenido a disposición de este tras la resolución del contrato”.

Además, el empresario no solo tendrá que poner a disposición del consumidor los contenidos creados o facilitados por éste, sino que, además, con carácter general, deberá abstenerse de realizar cualquier uso futuro de los mismos⁸⁹. Al respecto, dispone el artículo 16.3 de la Directiva 2019/770 o artículo 107.5 en la versión del RD 7/2021 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, salvo cuando dicho contenido: a) no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados, o d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido”*⁹⁰.

⁸⁹ Considerando 69 de la Directiva 2019/770: “(...) en el momento de la resolución del contrato, el empresario también debe abstenerse de utilizar cualquier contenido, que no sean datos personales, que haya sido facilitado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. Esos contenidos pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles (...)”

⁹⁰ *Vid.* art. 119 ter.5 c) TRLGDCU.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Por tanto, pese a que la regla general es que el empresario ha de abstenerse de utilizar cualquier contenido creado o facilitado por el consumidor, se establece en el Considerando 69 alguna excepción, en concreto: *“(…) el empresario debe tener derecho a seguir utilizando los contenidos facilitados o creados por el consumidor en los casos en que dichos contenidos no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, sólo se refieran a la actividad del consumidor, hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o requieran para ello esfuerzos desproporcionados, o hayan sido generados conjuntamente por el consumidor y otros, y otros consumidores puedan seguir haciendo uso de los mismos”*.

En cuanto a las obligaciones a cargo del consumidor tras la resolución del contrato, la situación será semejante a la que hemos visto para el caso del empresario, pues en muchos casos los contenidos digitales no serán susceptibles de restitución, por lo que en realidad la principal obligación del consumidor tras la resolución del contrato será el cese en la utilización de los contenidos o servicios digitales⁹¹. Una idea recogida también en el Considerando 72 de la Directiva 2019/770, que señala que *“(…) el consumidor también debe abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros, por ejemplo, eliminando los contenidos digitales o cualquier copia utilizable, o haciendo que los contenidos o servicios digitales no sean accesibles”*.

El problema es que, desde la celebración del contrato hasta su resolución debido al incumplimiento, la parte responsable de este último podría haberse beneficiado del cumplimiento de la otra parte. En el caso del empresario, esto implica el uso de los datos personales del consumidor, mientras que en el caso del consumidor implica el aprovechamiento de los contenidos o servicios digitales suministrados.

⁹¹ Artículo 17 de la Directiva 2019/770 dispone que “tras la resolución del contrato, el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de tercero”

Cuando el incumplimiento es atribuible al empresario, desde que el consumidor cede sus datos personales hasta que detecta la falta de conformidad o el incumplimiento y resuelve el contrato, el empresario podría haber obtenido beneficios. Aunque las partes pueden acordar la cesión de datos en un momento posterior (*Vid.* Considerando 24 de la Directiva 2019/770), lo común es que ocurra al momento de perfeccionar el contrato. En estos casos, sería justo que el empresario compense al consumidor que cumplió cediendo sus datos y no recibió la contraprestación acordada, o al menos no de la manera convenida.

En este sentido, al igual que en el ejercicio del derecho de desistimiento, sería razonable considerar la posibilidad de que el empresario tenga la obligación de compartir con el consumidor los beneficios obtenidos mediante el tratamiento de sus datos personales. Aunque los datos personales individualmente no posean un valor significativo, la evaluación de si el empresario ha obtenido beneficios merecedores de compensación para el consumidor dependerá de diversas circunstancias, como la duración del tratamiento, la cantidad de datos procesados o si se cedieron a terceros.

En caso de que se demuestre que el empresario obtuvo beneficios durante el período entre la celebración y la resolución del contrato debido al incumplimiento empresarial, diversas fórmulas pueden aplicarse para resarcir al consumidor. Por ejemplo, podría establecerse una compensación económica directa que el empresario deba abonar al consumidor. No obstante, es más probable que cualquier beneficio obtenido por el empresario se considere al calcular la indemnización correspondiente al consumidor por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. A diferencia de los casos en los que es el consumidor quien incumple su obligación, y no siempre se le puede imponer el pago de una indemnización, cuando el incumplimiento es responsabilidad del empresario, la vía indemnizatoria suele estar disponible.

No obstante, esta vía indemnizatoria podría utilizarse de la misma manera para el párrafo anterior. Ya se ha afirmado que el valor de los datos es muy incierto y que la

valorización de los mismos depende de muchos factores. Uno de los factores de otorga valor a los datos que se recopilan de la cesión, son el futuro uso de estos, ya sea en el marco del tratamiento y, por tanto, en el marco del contrato o, ya sea por la transmisión o venta de estos a terceros, todo ello otorga valor a los datos. Sin embargo, ¿Qué ocurre con el valor agregado a los datos? ¿Qué ocurre con el valor que han adquirido los datos tras la cesión a terceros? El artículo 107.5 letra c), en sede de desistimiento, y el artículo 119 ter, apartado 5º letra d), en sede de resolución contractual, establecen que cuando los datos hayan sido agregados con otros y no puedan desagregarse el empresario no tiene que cumplir con la obligación de no usarlos, ni tampoco tiene que ponerlos a disposición del consumidor. Por tanto, ese valor que han adquirido los datos personales al haber sido sometidos al tratamiento se ha perdido y no es recuperable por parte del consumidor, causándole un perjuicio susceptible de cuantificación. Lo mismo ocurre cuando los datos, incluso cuando los datos tratados (agregados como en el caso anterior), son cedidos a terceros, el valor de estos ha sufrido un incremento que el consumidor no va a poder recibir de vuelta.

Esta misma vía de la indemnización, debería explotarse cuando el consumidor o titular de los datos al aceptar el tratamiento de los datos y por tanto al formalizarse el contrato, pierde el control del contenido de los datos. Cuando los datos son sometidos a técnicas de agregación, transformación y procesamiento de datos, o cuando los conoce una tercera empresa, y el consumidor quiere ejercitar sus derechos a la supresión o portabilidad, se encuentra con la premisa de la complejidad para revertir el proceso de tratamiento o incluso para borrar o recuperar los datos del conocimiento de terceros. En ese aspecto, se ha descontrolado la información inherente a los datos personales los cuales difícilmente van a ser recuperables, y por tanto habría que explorar la vía indemnizatoria.

Premisa que podría utilizarse en el sentido de la devaluación que se somete a la información inherente a los datos personales. Cuando la empresa conoce estos y se someten a técnicas de Big data, o, por ejemplo, para el entrenamiento de Inteligencias Artificiales, no puedes revertir el proceso llevado a cabo por el responsable de los datos

y eso supone un detrimento del valor de los datos personales, que debería verse compensado por el responsable o empresario.

III. LA VALORIZACIÓN DE LOS DATOS: EL NEGOCIO DE LA PRIVACIDAD DENTRO DE LA NORMATIVA EUROPEA.

Desde la perspectiva del derecho, las interacciones que se pueden dar entre los propietarios “*primarios*” de los datos y aquellas personas que obtienen los mismos, para el caso que nos ocupa en este trabajo, el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, previsto en las Directivas 2011/83 y 2019/770 y, transpuestas a nuestro ordenamiento interno en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha sido tratado en el apartado anterior, viéndose las principales vicisitudes contractuales y consecuencias de la “contraprestación” del negocio jurídico. Las dudas sobre si los datos de carácter personal tienen o no valor y, por tanto, vuelven al contrato en gratuito u oneroso, resultan efectivamente despejadas: los datos tienen valor y que el contrato tiene carácter oneroso.

No obstante, no se puede obviar, como también parte de la doctrina defiende, que ese valor real que tienen los datos resulta verdaderamente incierto, y dicha incertidumbre envuelve en sombras los resultados que devienen de la celebración de este tipo de negocios.

Se hace, por tanto, necesario abundar en los criterios que establecen las empresas en este mercado tan valioso, para cuantificar el valor de los datos atendiendo a dos tipos de valorización: (1) la valorización primaria y (2) la valorización secundaria.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
 Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
 31006 - Pamplona-Iruñea
 Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
 facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Cabe destacar que la definición y análisis de estos criterios de cuantificación se escapan de la labor puramente jurídica, aunque gracias a la normativa desarrollada a través de la Estrategia de Datos Europea se pueda poner nombre y obligaciones a alguno de los actores principales que intervienen en la especulación del valor de los datos. Ello, sin embargo, tiene una base económica cuyo tratamiento resulta insoslayable para entender su dimensión en el ámbito jurídico. Con todo ello, y a modo ilustrativo, en 2014, el precio de los datos personales, sin saber el método concreto de valorización, se medía en las siguientes cantidades:

	Familiar organisation	Unfamiliar organisation
My full name or date of birth	€ 14.25	€ 17.82
My mobile number	€ 16.65	€ 19.83
My location (e.g. via mobile GPS)	€ 15.87	€ 18.66
My annual income	€ 16.54	€ 18.92
My marital status	€ 12.72	€ 16.16
My sexual orientation	€ 14.16	€ 17.10
My job	€ 14.58	€ 17.34
My children's details (e.g. sex, age)*	€ 15.43	€ 16.23
Details of my family members' preferences	€ 15.90	€ 18.66
Email addresses of 5 people in close personal network	€ 16.04	€ 17.98
History of purchases made on mobile phone	€ 15.85	€ 18.47
My postal address	N/A	€ 17.89
My main email address	N/A	€ 17.66
AVERAGE (mean)	€ 15.27	€ 17.90

Ilustración 1 <https://www.comunidadbaratz.com/wp-content/uploads/precio-datos.png>

En un mercado tan volátil y evolutivo como el que nos encontramos, los estudios sobre la cuestión son abundantes y dispares, por lo que las apreciaciones que se ofrecen sobre las bases expuestas no dejan de ser una aproximación a una temática que por sí es

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

compleja y de múltiples aristas y que en ningún momento se pretende dar datos concretos debido a la dificultad inherente existente como ha señalado MALGIERI y CUSTERS⁹².

Con todo, un marco interesando de referencia sobre la cuestión del valor de los datos es el análisis efectuado por ZHANG, BELTRÁN y LIU en “*A Survey of Data Pricing for Data Marketplaces*”⁹³, que ha pretendido determinar las actuales técnicas para la valorización y fijación de precios de los datos dependiendo del oferente y el adquirente de los datos en las diversas manifestaciones del mercado. El estudio incide en las principales líneas para la valorización de datos. Cuando el origen de éstos procede del consumidor, “*valorización primaria*”, el parámetro principal que emplea para la valorización es la “*noción de privacidad*” de los datos de los que se “*desprende*” el consumidor. En el caso de que el origen, y oferente de los datos, no sea el consumidor, sino que se ofrezcan por las empresas, el parámetro que se emplea para fijar aquel valor se liga a las “*consultas*” que llevan a cabo terceras personas sobre los datos adquiridos por aquellas. Este elemento es el que identificamos como “*valorización secundaria*”, debido a la ganancia de valor que adquirida por los datos tras la primera cesión o “*valorización primaria*”.

Antes de aplicar los criterios descritos para definir la valorización de los datos resulta preciso hacer una pequeña introducción sobre la estructura del mercado, ya que, dependiendo de ella, variarán los resultados y los principales actores que intervienen en aquel.

Según ZHANG, BELTRÁN y LIU, el mercado de datos se puede estructurar de tres formas: (1) un mercado de “*compra de datos*”, donde los consumidores y titulares de los datos los ponen a disposición de empresas con el fin de obtener una “*contraprestación*”; (2) un mercado de “*venta de datos*”, donde los empresarios ponen a

⁹² MALGUIERI, G, CUSTERS, B.: “Pricing privacy – the right to know the value of your personal data”. *Computer law & Security Review*, Volume 34, Issue 2, Abril 2018, págs 289-303.

⁹³ ZHAN, M., BELTRÁN, F., LIU, J: “*A Survey of Data Pricing for Data Marketplaces*”, IEEE Transactions on Big Data, Vol. 9, N. ° 4, July/August 2023.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

disposición de terceros compradores los datos que tienen almacenados; y, (3) un mercado “mixto”, en el que operan “servicios de intermediación de datos” que actúan como intermediarios entre los consumidores y titulares de los datos del primer tipo de mercado y, los terceros compradores de datos del segundo tipo de mercado. Con esta diferenciación de estructura de mercado se quiere hacer ver, que dependiendo del tipo de mercado al que nos enfrentemos, los elementos de cuantificación variarán en mayor medida o menor medida, ya que, en la aplicación de estos, la calidad, volumen, velocidad o precisión de los datos serán más o menos efectivos.

Cabe matizar, antes de seguir con los actores partícipes en este mercado, que, en el marco de la Unión Europea, no cabe la *compra* o la *venta* de datos personales. Como hemos reseñado con anterioridad, la protección de éstos constituye un derecho fundamental y por tanto la única forma de explotación pasa por una patrimonialización acomodada al régimen del tratamiento de los datos; aunque muchas veces parezca que se esté vendiendo o comprando los datos.

Por ello, los diferentes criterios de valorización dependerán totalmente, de los actores involucrados en cada uno de los tipos de mercados. En los mercados de “*compra de datos*”, los principales actores serán los consumidores o interesados, donde como hemos visto, a través de las figuras contractuales estudiadas podrán a disposición de las empresas los datos de carácter personal, y serán estas últimas, las que en “*contraprestación*” al objeto del contrato tratarán los datos para los fines que hayan determinado. En los mercados de “*venta de datos*”, en un extremo operarán las propias empresas que han adquirido los datos de primera mano que podrán: (1) ponen los datos obtenidos a disposición de terceros sin modificación de la información; o (2) someterlos a diversos tratamientos de agregación, enriquecimiento o transformación, para comerciar con datos de valor “*enriquecido*”. Mientras que, en el otro extremo del mercado nos encontramos con las terceras empresas que quieren adquirir esos datos para la integración en sus procesos productivos. Y finalmente, en los mercados “*mixtos*”, surge la figura del “*servicio de intermediación de datos*”.

Esta nueva figura, introducida por el Reglamento (UE) 2022/868, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de gobernanza de datos)⁹⁴, actúa como un prestador de servicios, que tiene por objeto establecer relaciones comerciales para el intercambio de datos entre un número indeterminado de interesados y titulares de datos, por una parte (es decir, consumidores en este caso de estudio), y usuarios de datos (es decir, terceras empresas interesadas en los datos que pueden obtenerse gracias a ese intercambio), por otra, a través de medios técnicos, jurídicos de otro tipo, incluidos los servicios destinados al ejercicio de los derechos de los interesados en relación con los datos personales. El Reglamento en su Considerando 28 da algunos ejemplos de lo que podrían ser estos actores refiriéndose a “(...) *mercados de datos en los que las empresas podrían poner datos a disposición de terceros, facilitadores de ecosistemas de intercambio de datos abiertos a todas las partes interesadas, por ejemplo, en el contexto de espacios comunes europeos de datos, así como conjuntos de datos creados en común por varias personas físicas o jurídicas con la intención de conceder licencias para la utilización de dichos conjuntos de datos a todas las partes interesadas, de manera que todos los participantes que contribuyan a su puesta en común reciban una gratificación por su contribución.*”.

No obstante, la propia definición dada por la norma presenta una serie de exclusiones que son verdaderamente interesantes. La más curioso es aquella que excluye a los servicios que obtienen datos de titulares de datos y que los agregan, enriquecen o transforman con el fin de añadirles un valor sustancial y conceden licencias a los usuarios de datos para la utilización de los datos resultantes, sin establecer una relación comercial entre los titulares de datos y los usuarios de datos, es decir, entre los consumidores y los terceros adquirentes de los datos. No obstante, que se excluya a estos de su dimensión como “*servicio de intermediación de datos*” no lo excluye como actor del mercado de valor a los datos que obtiene, es más, al someter los datos a esos procedimientos, se les está añadiendo un valor que primeramente no tenían.

⁹⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-80835>.

La Unión, con la creación de este actor ha apostado por los beneficios que teóricamente podría traer al mercado europeo de datos a los cuales les dedica ni más ni menos que el Capítulo III de la Ley de Gobernanza de Datos, así como un total de 17 considerandos (28 a 44) para explicar las razones de la creación e implementación de estos actores en el marco del Reglamento.

1. La valorización primaria.

En el marco de la estructura de mercado antes reseñada y, centrándonos en el tipo de mercado de “venta de datos”, cuyos actores son consumidores y empresas, la valorización primaria de datos, se liga a la relación contractual. Esta va a consistir en la celebración de un contrato oneroso en el que parte del objeto del contrato es la cesión del tratamiento de datos personales. Desde el punto de vista económico, la valorización primaria, va a centrarse en la aplicación de algunos criterios económicos que otorgarán valor monetario a los datos personales obtenidos en el marco de la operación comercial.

A ese respecto, el criterio principal que proponen ZHANG, BELTRÁN y LIU, para este tipo de mercado se vincula a la noción de privacidad. Según ellos éste es “*un criterio que se fija en la habilidad de un individuo o grupo de individuos que tienen para controlar el acceso a sus datos personales*”. Afirman que sobre este criterio multitud de personas han desarrollado formas de entender la privacidad de manera diversa, y por tanto el criterio no tiene en su aplicación una percepción unívoca. La dimensión que ofrecen de este elemento se acerca a la propuesta por DWORK⁹⁵ que atiende al “*differential privacy*”. Dejando de lado su plasmación matemática, cabe destacar que el “*differential privacy*” es un concepto que atiende a la protección de la privacidad de los datos. Se refiere al estándar de privacidad que se utiliza para garantizar que la inclusión o exclusión de los datos de un solo individuo en un conjunto de datos no afecte significativamente a

⁹⁵ DWORK, C “*Differential Privacy*”. Proceedings of the 33rd international conference on Automata, Languages and Programming – Volume Part II, July 2006, págs. 1-12.

los resultados de las consultas sobre aquellos. En otras palabras, la “*differential privacy*” implica que la respuesta a una consulta no revele información adicional sobre un individuo específico, esté presente ese individuo en el conjunto de datos o no; en suma, que a partir de esa consulta no se puede inferir información personal sobre un sujeto.

Otras formas de abordar esta “noción de privacidad” son las referidas como ad hoc en las que se estiman la aplicación de técnicas como la anonimización en la que los datos que ven mermado su valor⁹⁶. En estos casos se plantea, en cuanto a la valorización de los datos, cómo podría encontrarse un equilibrio entre la anonimización y el valor de los datos; el número de compradores de datos a los que se permite el acceso a ellos⁹⁷, o la cantidad de datos personales que se revelan en un contexto probabilístico específico⁹⁸.

La fijación del valor de los datos desde el plano económico suele atender en la práctica a la noción ad hoc de privacidad, más que a la privacidad diferencial.

El principal problema que encontramos en este tipo de mercado tiene que ver con la *pérdida de privacidad* que sufren los consumidores o interesados respecto de la cesión de sus datos. Por ello, el tipo de *noción de privacidad* que se use es crucial en cuanto a la forma de cuantificar esta primera.

Bajo esta suposición, si utilizamos la técnica de la anonimización, el valor de los datos personales está relacionado con la utilidad que pueden obtener los *compradores*. En este supuesto, cuanto más anonimizados estén los datos, menor será su utilidad y por ello, menor valor adquirirán los mismos. En consecuencia, en la valorización y fijación de precio deberán contrastarse el nivel de privacidad y la utilidad esperable⁹⁹.

⁹⁶ L. Xu, C. Jiang, Y. Chen, Y. Ren, and K. J. R. Liu, “Privacy or utility in data collection? a contract theoretic approach,” *IEEE J. Sel. Topics Signal Process.*, vol. 9, no. 7, pp. 1256–1269, Oct. 2015.

⁹⁷ V. Gkatzelis, C. Aperjis, and B. A. Huberman, “Pricing private data,” *Electron. Markets*, vol. 25, no. 2, pp. 109–123, 2015.

⁹⁸ J. Parra-Arnau, “Optimized, direct sale of privacy in personal data marketplaces,” *Inf. Sci.*, vol. 424, pp. 354–384, 2018.

⁹⁹ Para solventar este problema, XU, JIANG, CHEN, REN y LIU presentan una valorización a modo contractual. Dada la preferencia de privacidad de un propietario de datos, el empresario ofrece un menú de

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

No obstante, si elegimos la *noción de privacidad* basada en la probabilidad de que se revelen datos personales, los autores proponen que hay que tratar los datos privados como paquetes de información. Tratar los datos como paquetes de información supone aplicar la técnica de versionado¹⁰⁰ como método de fijación de precios. No obstante, a diferencia de otros productos de información, los datos aquí tienen un atributo de privacidad. Este atributo afecta directamente a las diferentes categorías de datos personales como salud, religión, geolocalización, entre otras, y se les asignan diferentes parámetros de privacidad a cada una de las categorías. Dicho parámetro indica la probabilidad de revelar los datos auténticos. En base a esto, el propietario de los datos fija una compensación por revelar los datos auténticos, y el pago total es proporcional a la relación entre cada categoría y el parámetro de privacidad¹⁰¹.

Otra de las posibilidades, para aquella estimación, es el control de la revelación de privacidad que depende del número de compradores de datos que acceden a los datos, los propietarios de datos pueden establecer el límite de compradores que acceden a los datos. Aquí, la pérdida de privacidad es una función basada en el límite numérico, que en la práctica se lleva a cabo mediante una subasta¹⁰².

contratos que incluyen tres elementos, que representan el nivel de privacidad, la utilidad que obtiene el consumidor de datos y la transferencia al propietario de datos (aunque, la transferencia en Europa no será posible), respectivamente. Todos estos tres elementos son determinados por la preferencia de privacidad del propietario de datos. Para identificar el contrato óptimo, los autores modelan el problema como un problema de maximización con el objetivo de maximizar la utilidad esperada del comprador de datos

¹⁰⁰ Esta técnica de fijación de precios se basa en la creación de diferentes paquetes de información, cada uno con un precio diferente y relacionado con la cantidad de información que se accede con cada una de las versiones, podríamos explicarlo con la típica versión gratuita de un producto, por la cual si quieres acceder a más funcionalidades tienes que pagar un precio extra.

¹⁰¹ Aquí PARRA-ARNAU plantea una pregunta para el propietario de datos, y es que dada que la compensación depende del factor probabilístico, cómo podría este diseñar una versión óptima que minimice la revelación de su privacidad estableciendo valores adecuados.

¹⁰² Los autores entienden que, los propietarios de datos tienen diferentes actitudes de riesgo. Así, aprovechando las diferentes actitudes de riesgo, los autores diseñan un mecanismo de subasta, llamado mecanismo de equivalencia de certeza (CE), que pide a cada propietario de datos que informe su valor y ofrece dos opciones de pago: la primera es un pago fijo, que es una función de su valoración de privacidad y el número de consumidores que acceden a los datos; y la segunda es un pago aleatorio que depende de la probabilidad de que se utilicen sus datos.

Una de las consecuencias de las técnicas de valorización, que a mi juicio no se explota, es la pérdida de valor de los datos personales una vez salen de la esfera patrimonial del propietario de los datos, es decir, la devaluación del valor inherente de los datos para el mercado. Esta cuestión, ya no solo afecta a las técnicas de valorización de los datos o de fijación de precios, sino que también al ámbito jurídico de los efectos de la resolución contractual cuando se reclama ésta a la empresa, como ya he explicado con anterioridad. Tampoco se expone la circunstancia de la pérdida de control del contenido inherente a los datos personales, es decir, una vez que hemos puesto los datos personales en manos de los empresarios, si éstos ceden los datos a terceros, es muy difícil hacer un seguimiento del uso que se le dan y del valor que van adquiriendo o perdiendo en dichas operaciones, con consecuencias contractuales similares a las que se han estudiado.

2. La valorización secundaria.

Plantea el valor que cabe obtener de los datos dentro del mercado de “compra de datos” por el mercadeo entre los datos de las empresas (que han conseguido de los consumidores o propietarios de los datos) y las terceras empresas que quieren adquirirlos. Por ello, la valorización secundaria, conlleva la aplicación de criterios económicos que van a otorgar más valor económico a los datos personales obtenidos con anterioridad ya sea mediante técnicas basadas en el estudio del mercado de *compra de datos* o mediante técnicas de agregación, transformación o procesamiento de datos, entre otras.

Para el estudio de las formas existentes para cuantificar, basadas en el mercado de *compra de datos*, los autores consideran que, en la valorización secundaria, debemos centrarnos en las “consultas”. Este criterio usado para el estudio del mercado en la parte compradora tiene diversas variantes las cuales presentan una complejidad matemática y estadística bastante elevada. Por tanto, llegados a este punto, el objetivo será ofrecer una comprensión generalizada de cómo las empresas pueden usar este tipo de “consultas” para llevar a cabo la valorización secundaria.

Las consultas se definen como los accesos a bases de datos en las que están contenidos éstos (sean o no personales) a las cuales deberán aplicarse los diferentes criterios de valorización. No obstante, no solo existe un tipo de “consulta” los autores, clasifican y usan diferentes tipos: las *consultas nulas*, las *consultas únicas* y las *consultas generales*.

Para las “*consultas nulas*”, se permite a los compradores de datos hacerlas a consultas a conjuntos de datos completos, sin tratar. Un consumidor de datos puede explorar libremente el contenido del conjunto de datos una vez que lo ha comprado. En este caso, se pueden utilizar varias métricas, como calidad y tamaño, para indicar el valor del conjunto de datos.

En las “*consultas únicas*”, un comprador de datos puede formular una única consulta, que le devuelve, en respuesta, una estadística agregada, como la suma, el promedio, el mínimo y el máximo de los datos, como respuesta a la consulta del comprador de datos, este tipo de consulta puede ser, por ejemplo, la media de edad de personas que compran en Amazon. La precisión del resultado de la consulta refleja directamente su valor.

Para “*consultas generales*”, a diferencia de las únicas en las que el comprador de datos solo obtiene un resultado específico, se pueden requerir múltiples consultas y las respuestas pueden ser estadísticas agregadas o vistas de datos que constan de varias filas y columnas. Un comprador de datos puede explorar la información contenida en la vista e inferir cierta información combinando múltiples respuestas de consultas. Un ejemplo de este tipo sería, comparar la media de edad de compradores de Amazon y además su localización geográfica.

Esta cuestión parece complicarse aún más cuando entra en consideración la combinación de criterios tratándose de un marco de mercado “*mixto*”. Aquí, los estudios ahondan en la casuística cuando se mezclan las diferentes maneras de comprender la

“*noción de privacidad*” y los diferentes tipos de “*consultas*”. A más a más, la regulación del “*servicio de intermediación de datos*” por parte del Reglamento 2022/868, constituye un parámetro para tener en cuenta en la fijación de precios ya que, en la Unión Europea, estos nuevos actores han de tener en cuenta los costes asociados a la adaptación a todo el régimen legal que se les va a aplicar.

Esta es, por tanto, la complejidad sobre la que se advierte por la doctrina científica respecto de la valorización secundaria cuando el mercado se estructura de una determinada manera.

Sin embargo, las empresas no sólo dotan de nuevo valor a los datos basándose en la estructura del mercado. También utilizan otros parámetros para la fijación de precios que tienen que ver con técnicas de Big Data. A tal fin, el uso de técnicas de agregación, transformación y procesamiento de datos, de las que se sirven las herramientas de Big data, aumentan el valor de los datos que se han adquirido inicialmente. Por ello, y para usar estas técnicas de manera eficiente, la doctrina científica busca el apoyo en las “cuatro Vs” (volumen, variedad, velocidad y veracidad)¹⁰³, como dogmática principal. Estas reglas, aplicadas a las tecnologías del Big Data buscan: (1) el manejo de grandes cantidades de datos, que anteponen la cantidad a la calidad, ya que la idea es que el análisis de grandes cantidades de datos permita obtener una información nueva y cualitativamente muy útil; (2) la variedad de categorías de datos, que las técnicas de Big Data serán capaces de manejar simultáneamente insuflando de múltiples posibles resultados; (3) la velocidad, que hace referencia al tratamiento o procesamiento de datos en tiempo real; y, (4) la veracidad que se refiere a que los datos que se procesan sean ciertos, respondan a la realidad.

¹⁰³ PLANA ARNALDOS, M.C: “Economía de los datos y propiedad sobre los datos”, *Revista de educación y derecho*, nº. 24, 2021, pág. 4.

Usan, además taxonomías internas de datos que los agrupan según los “*value drivers*”¹⁰⁴, o métricas de valor. Estos *value drivers* categorizan los datos de tal forma que el producto resultante es una ratio de “utilidad” de los datos para los procesos de obtención de valor. Así podríamos considerar *value drivers* tan importantes como: la consistencia en la obtención de los datos, la precisión de estos, la tasa de actualización de los datos, la exclusividad, la completitud, o la interoperabilidad y accesibilidad de los datos.

Para valorizar esos datos después de haber aplicado las herramientas de Big data en base a las consideraciones obtenidas de los *value drivers*, las metodologías que nos acercan a la obtención de valor de esos datos pueden ser dos: un *Cost approach*, o enfoque por costes; y un *Income approach*, o enfoque por ingresos.

A grandes rasgos con la primera metodología, si se pueden estimar los costes de reproducción o reemplazo de los datos, las organizaciones podrían utilizar el enfoque de costes para comparar el valor de los datos. En general, el valor de los datos puede derivarse de estimar los costes de creación y mantenimiento de una base de datos (p. ej. costes de producción, costes de software y almacenamiento, costes de Recursos Humanos, ventas y costes de marketing), y los costes de oportunidad de invertir en el activo de datos sobre otros activos. El enfoque de costes normalmente se utiliza para proporcionar un valor base, ya que no captura los futuros rendimientos económicos que los datos pueden ser capaces de generar.

Para esta primera metodología, un ejemplo de fijación de precios vendría dado mediante el cálculo de todos los costes asociados a la obtención de los datos. Por ello, la empresa tendrá en consideración los siguientes gastos: 1) de producción de los datos, en el que se incluirían gastos de compra, mantenimiento, e instalación del equipamiento que recoge los datos; 2) en Recursos Humanos, es decir, el coste laboral en crear, desarrollar,

¹⁰⁴ InfoComm Media Development Authority & Personal Data Protection Commission Singapore: *Guide to Data Valuation for data sharing*. Pag. 11 y ss. 2019.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

y llevar el sistema que va a recoger los datos; 3) de *Software* y almacenamiento de datos; 4) en marketing y ventas, necesarios para hacer llegar el producto a potenciales clientes y; 5) otros costes asociados a la actividad productiva como alquiler, gastos de administración, gastos financieros...

Tipo de gasto	Cantidad
- Producción	4.000.000,00 €
- RR.HH.	500.000,00 €
- Software	1.500.000,00 €
- Marketing	100.000,00 €
- Otros	100.000,00 €
Total de gastos	6.200.000,00 €
Margen comercial	15% (930.000,00 €)
Valor de los datos	7.130.000,00 €

Además, a todo esto, la empresa deberá aplicar un margen comercial que suponga los beneficios inherentes al proceso productivo. El sumatorio de todos los costes asociados, será el valor de los datos.

En relación con la segunda de las metodologías, la premisa de la aproximación de ingresos es que el valor del activo "*datos*" es igual al valor del *Cash Flow* (los flujos de caja) futuro que se pueden esperar generar durante un período de tiempo específico (por ejemplo, la vida útil restante de los datos). El valor de los datos se derivaría al observar la diferencia entre los ingresos generados por la organización con acceso a los datos y sin acceso a los datos ("*flujo de efectivo incremental*"). Si es posible pronosticar y cuantificar razonablemente el *flujo de efectivo incremental* generado por los datos, se podría utilizar el Enfoque de Ingresos para estimar el valor de los datos.

El *flujo de efectivo incremental* puede resultar tanto de un aumento en los ingresos (ingresos incrementales) como de una disminución en los costes (costes reducidos), por ejemplo, al: (1) impulsar la creación de servicios y productos innovadores; (2) mejorar las operaciones existentes; o (3) reducir los costes de marketing.

Después de identificar el *flujo de efectivo incremental* generado como resultado de los datos, las organizaciones necesitan tener en cuenta los riesgos asociados con la obtención de esos ingresos o ahorros y el valor temporal del dinero. También tendrían que considerar si los beneficios del *flujo de efectivo incremental* podrían verse afectados por los derechos legales para utilizar los datos, o por la vida económica útil de los datos desde una perspectiva puramente comercial.

A modo de ejemplo para esta segunda metodología, la valorización de los datos vendría dado por el *flujo de efectivo incremental*, este término en la práctica se observa en el flujo de caja que hay antes del uso de datos y después del uso de los datos. En este sentido, imaginemos una empresa A, aseguradora de vehículos. Para valorar el impacto de los datos, se parte de un pronóstico y en este caso, partimos del total de pagos que va a tener la empresa durante los próximos 3 años de ejercicio. En el primer año de se prevé un coste de reclamaciones de 20 millones de euros, en el segundo de 22 millones y en el tercero de 23 millones.

El segundo paso para calcular el impacto que tiene los datos en el proceso de producción sería, a año vencido, observar la reducción de costes que tiene la empresa por las reclamaciones que tiene que afrontar. Así, de la previsión inicial para el primer año, la empresa tras el uso de los datos en sus procesos productivos ha observado que el coste real que ha tenido que afrontar es de 17 millones de euros, mientras que en el segundo año es de 16 millones y finalmente el tercer año de 15 millones.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

Y en último lugar, el valor real de los datos se obtendrá al restar, los pronósticos que se habían realizado inicialmente para el período de 3 años a los que finalmente se han obtenido al aplicar los datos al proceso productivo.

	1º año	2º año	3º año
Gastos previstos sin uso de datos	20.000.000,00 €	22.000.0000,00 €	23.000.000,00 €
Gastos a año vencido con uso de datos	17.000.000,00 €	16.000.000,00 €	15.000.000,00 €
Diferencia	3.000.000,00 €	6.000.000,00 €	8.000.000,00€

IV. CONCLUSIONES

1. En los últimos quince años, la evolución que ha experimentado la sociedad gracias a los avances tecnológicos ha desarrollado nuevas formas de hacer negocio, donde nuestros datos son la moneda de cambio. Por ello, la Unión Europea en sus competencias normativas ha aprobado diversos reglamentos y directivas, que se han proyectado en nuestro ordenamiento interno. La seguridad jurídica, asegurar la competitividad del sector y garantizar los derechos fundamentales, son los principales pilares de esta regulación. No obstante, a nivel contractual, la realidad jurídica es otra y existen numerosas vicisitudes que todavía no han sido resueltas.

2. La Unión Europea busca establecer, así, mediante la Estrategia Europea de Datos publicada en 2020, un mercado único de datos que garantice los principios anteriores. Entre las normas que se constituyen como fundamentales dentro de esta estrategia está la Directiva 2019/770, transpuesta en nuestro ordenamiento en el TRLGDCU, que aborda la actualización del contrato de contenidos y servicios digitales, y sus efectos en el marco contractual y de protección de datos. Sin embargo, de las interacciones de esta nueva normativa surgen problemas en torno de la naturaleza contractual, el objeto, la información precontractual, el derecho de desistimiento, el consentimiento, y la resolución del contrato. La gratuidad aparente del contrato contrasta con la cesión de datos personales, que, como objeto de la *contraprestación*, promueven la consideración de su carácter oneroso y sinalagmático, como defienden CÁMARA LAPUENTE, DOMINGUEZ YAMASAKI o MARTÍNEZ CALVO. La clasificación del contrato es, asimismo, desafiante, además de reenviar su clasificación a la normativa interna de los Estados Miembros, presenta características de múltiples categorías clásicas por lo que se viene considerado como un contrato atípico.

3. Respecto de la estimación de los datos personales como propiedad, autores como BINCTIN, LANDREAU, PELIKS, PEZ-PÉRARD apuntan la existencia de un derecho

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

de propiedad sobre los datos personales, alineándose con la propuesta de EE. UU. del *right of publicity*. Para otros, como DREXL, son parte del derecho a la protección de datos y la única vía para su explotación debe ser la esfera patrimonial que ofrecen los derechos de la personalidad. La obligación de información precontractual que tienen las empresas plantea también ciertos desafíos respecto del contrato estudiado, proponiéndose incluir la determinación del precio en contratos "gratuitos". El derecho de desistimiento, introducido por la Directiva 2011/83, genera problemas al cesar el tratamiento de datos, especialmente en contratos de contenidos o servicios. La STJUE de 8 de octubre de 2020 destaca la importancia de determinar el tipo de contrato en el sistema de desistimiento.

4. La emisión y revocación del consentimiento en contratos de contenidos y servicios digitales plantea el problema de la libre emisión del consentimiento en un contrato de contenido oneroso, ya que, en aplicación de la normativa de protección de datos, este tiene que ser libre, y condicionarlo de esta forma, afecta a la onerosidad o gratuidad del negocio jurídico. Asimismo, podríamos dudar de que opere un enriquecimiento injusto respecto de los contenidos y servicios que podrían darse al margen de la relación contractual principal. Y, por último, la posibilidad de retirar el consentimiento, según el Reglamento 2016/679, choca con el artículo 1256 del CC, siendo considerada por algunos como incumplimiento contractual. En caso de resolución, el empresario debe cesar en el tratamiento de datos, pero surge la dificultad de controlar el uso futuro de datos cedidos por terceros. Además, se plantea la duda de la indemnización por falta de control de datos personales cedidos. Así mismo, el empresario debe abstenerse de usar contenidos creados por el consumidor, con excepciones, lo que lleva a la pregunta sobre el valor de esos contenidos y cómo compensar en caso de pérdida.

5. Los efectos económicos de tratar datos personales son evidentes en el análisis jurídico, así como en las relaciones comerciales entre consumidores y empresas. No obstante, la dificultad reside en determinar el valor de los datos personales. La valorización primaria se centra en el uso de unos criterios en el marco de una estructura de mercado de compra de datos a los consumidores, mientras que la valorización

secundaria involucra criterios en la venta de datos en posesión de los empresarios a terceros interesados, incluyendo como nueva figura para tener en cuenta los “*servicios de intermediación de datos*” según el Reglamento 2022/868. En primer lugar, en la valorización primaria, se consideran criterios como la “*differential privacy*”, anonimización, el límite personas que acceden a los datos y la probabilidad de revelación de estos en un contexto específico. La “*differential privacy*” garantiza, de manera objetiva, que la respuesta a una consulta no revele información sobre un individuo específico. La anonimización influye en el valor de los datos según: (1) la utilidad ofrecida y (2) el nivel de privacidad marcado por los consumidores. Para la valorización del límite personas que pueden acceder a los datos se usa la técnica de la subasta, donde se ofrece un precio fijo o uno variable dependiendo de la cantidad de personas que quieran acceder a ellos, y la probabilidad de revelación se gestiona a través de un sistema de versiones, pagando más por datos con mayor riesgo de revelación.

6. En la valorización secundaria de datos, se pueden usar criterios referidos a la estructura del mercado o en base a los “*value drivers*”. Los principales criterios referentes a la estructura del mercado son las “*consultas*”, que permiten a los terceros compradores acceder a bases de datos donde se contiene la información de diversas formas. Las “*consultas nulas*” permiten el acceso completo a conjuntos de datos sin procesar, fijado el precio en base a métricas como calidad o tamaño de los datos. Las “*consultas únicas*” devuelven estadísticas agregadas como la media, el mínimo o el máximo en respuesta a consultas fijas, mientras que las “*consultas generales*” permiten múltiples consultas con respuestas que son estadísticas agregadas o vistas de datos. En un mercado “*mixto*”, la combinación de criterios de “*noción de privacidad*” y tipos de “*consultas*” complica la fijación de precios al tener que considerar las múltiples posturas de los actores y la aparición de la nueva normativa para los “*servicios de intermediación de datos*”. Las empresas, en el marco del uso de las técnicas de big data, también utilizan “*value drivers*” para valorizar datos, categorizando datos según su utilidad para procesos de obtención de valor. Dos metodologías comunes son el “*Cost approach*” (enfoque por costes), que calcula el valor basándose en los costes de reproducción o reemplazo de datos, y el

"Income approach" (enfoque por ingresos), que observa la diferencia entre los ingresos con y sin acceso a los datos.

V. 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/HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- BINCTIN, N: “Droit de la propriété intellectuelle”, *La semaine juridique*, nº 15, 2018.
- CÁMARA LAPUENTE, S: “Una perspectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en CAPILLA RONCERO, F, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M, ARANGUREN URRIZA, F.J, MURGA FERNANDEZ, J.P (Dir.) y FERNANDEZ SCAGLIUSI, M.A (Coor.): *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 50.
- CÁMARA LAPUENTE, S: “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad” en CASTILLO PARRILLA, J.A., CASTAÑOS CASTRO, P (dirs.) *“El Mercado digital de la Unión Europea”*. Reus editorial, Madrid, 2019.
- CÁMARA LAPUENTE: “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales” en SANTOS MORÓN, M.^a J., MATO PACÍN, M.^a N. (Coor.): *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, EDITORIAL TECNOS, MARDID, 2022.
- DOMINGUEZ YAMASAKI, M: “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *RDP*, Núm. 4, 2020.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

- DWORK, C “Differential Privacy”. Proceedings of the 33rd international conference on Automata, Languages and Programming – Volume Part II, July 2006, Págs. 1-12.
- GARCÍA RUBIO, M “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (coord.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- J. PARRA-ARNAU, “Optimized, direct sale of privacy in personal data marketplaces,” *Inf. Sci.*, vol. 424, pp. 354–384, 2018.
- KERBER, W, “A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis”. *Joint Discussion Paper Series in Economics*, No. 37-2016.
- LANDREAU, I. - PELIKS, G. - BINCTIN, N. - PEZ-PÉRARD, V.: *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*. Paris, GénérationLibre, vol. 148, 2018.
- L. XU, C. JIANG, Y. CHEN, Y. REN, AND K. J. R. LIU, “Privacy or utility in data collection? a contract theoretic approach,” *IEEE J. Sel. Topics Signal Process.*, vol. 9, no. 7, pp. 1256–1269, Oct. 2015.
- MALGUIERI, G, CUSTERS, B.: “Pricing privacy – the right to know the value of your personal data”. *Computer law & Security Review*, Volume 34, Issue 2, Abril 2018, págs 289-303.
- MARTINEZ CALVO, J: “Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos digitales”, *InDret*, 2021, p. 105.
- MIRANDA SERRANO, L-M “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley*, Núm. 920, 2021.
- PARKINS, D: “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. *The Economist*, 6 de mayo, 2017. [The world’s most valuable resource is no longer oil, but data \(economist.com\)](https://www.economist.com/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data).
- PLANA ARNALDOS, M.C: “Economía de los datos y propiedad sobre los datos”, *Revista de educación y derecho*, nº. 24, 2021, pág. 4.

Edificio de Las Encinas / Arteak eraikina
Campus de Arrosadia / Arrosadiko Campusa
31006 - Pamplona-Iruñea
Tel. (+34) (+34) 948 16 6203
facultad.cienciasjuridicas@unavarra.es

- RITTER, J. - MAYER, A., “Regulating data as property: a new construct for moving forward”, *Duke Law and Technology Review*, 2016.
- ROSSELLÓ RUBERT, F “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”, *Revista de derecho mercantil*, Núm. 303, 2017, pp. 163 s
- SÁNCHEZ LERÍA, M “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”, *RADP*, Núm. 45, 2018, pp. 14 ss.
- V. GKATZELIS, C. APERJIS, AND B. A. HUBERMAN, “Pricing private data,” *Electron. Markets*, vol. 25, no. 2, pp. 109–123, 2015.
- ZHAN, M., BELTRÁN, F., LIU, J: “A Survey of Data Pricing for Data Marketplaces”, *IEEE Transactions on Big Data*, Vol. 9, N. ° 4, July/August 2023.

Otros recursos:

- InfoComm Media Development Authority & Personal Data Protection Commission Singapore: *Guide to Data Valuation for data sharing*. Pag. 11 y ss. 2019.
- Informe 4/2017 del Supervisor Europeo de Protección de Datos, sobre la Propuesta de Directiva (UE) 2019/770, sobre contenidos digitales. [17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf \(europa.eu\)](#)

VI. JURISPRUDENCIA

INTERNACIONAL:

- GRISWOLD V. CONNECTICUT, 381 U.S. 479 (1965).
<https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/381/479.html>.
- WHALEN V. ROE 429 U.S. 589 (1977).
<https://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/16sentenciasupremoamericano.htm>.

UNIÓN EUROPEA:

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), C-681/17, 27/03/2019.
ECLI:EU:C: 2019:255.
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=212283&doclang=ES>.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), C-208/19, 14/05/2020.
ECLI:EU:C: 2021:719.
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226486&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3171357>.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), C-641/19, 08/10/2020.
ECLI:ES:C: 2020:808.
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=232155&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3177281>.

NACIONAL:

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), STC-254/1993, 20/07/1993. ECLI:ES:TC: 1993:254. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2383>

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), STC-143/1994, 13/06/1994. ECLI:ES:TC: 1993:143. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2660>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), STC-11/1998, 12/02/1998. ECLI:ES:TC: 1998:11. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3513>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), STC-292/2000, 30/11/2000. ECLI:ES:TC: 2000:292. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), STS-2058/2015, 21/05/2015. ECLI:ES:TS: 2015:2058. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), STS-729/2020, 05/03/2020. ECLI:ES:TS: 2020:729. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), STS-1082/2021, 24/03/2021. ECLI:ES:TS: 2021:1082. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), STS- 203/2021, 14/04/2021. ECLI:ES:TS: 2021:1346. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.