

# EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES COMO PRESTACIÓN CONTRACTUAL. GRATUIDAD DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A ELECCIÓN DEL USUARIO

M<sup>a</sup> ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI

Dra. en Derecho Privado  
Abogada

## RESUMEN

En la actualidad, cuando la contratación por adhesión sigue planteando numerosas controversias que requieren la intervención de legisladores e intérpretes del Derecho, podría decirse que el mayor reto al que se enfrenta el ámbito jurídico es la regulación del suministro de contenidos y servicios digitales. La preocupación por la protección en el tratamiento de datos personales, dado su rango de derecho fundamental, en cierto modo parece haber ensombrecido su necesaria consideración desde una perspectiva estrictamente contractual. Sin que el tratamiento de datos personales de los usuarios haya sido plenamente reconocido como posible contraprestación por el suministro de contenidos y servicios digitales, la realidad en el tráfico económico es otra.

En este trabajo se ha planteado y justificado la consideración del tratamiento de los datos personales como prestación contractual. A partir de dicho reconocimiento, se procede al estudio de la influencia de la normativa sobre la protección en el tratamiento de los datos personales en el Derecho de contratos y la posibilidad de que dicha legislación suponga un límite insólito al poder de predisposición en materia de condiciones generales de la contratación. De este modo, el referido límite derivaría en la facultad de decisión del usuario de contenidos y servicios digitales acerca de la gratuidad u onerosidad de estas prestaciones, cuando la contraprestación a su cargo consistiese exclusivamente en el tratamiento de sus datos personales.

**Palabras clave:** *datos personales; protección de datos personales; contratos gratuitos; contratos onerosos; contenido digital; servicio digital; Internet; principio de autonomía privada; condiciones generales de la contratación; deberes de información; principio de buena fe.*

## PROCESSING OF PERSONAL DATA AS CONSIDERATION. GRATUITOUSNESS OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES UPON THE USER'S CHOICE

### ABSTRACT

Nowadays, when adhesion contracts remain controversial and require the intervention of legislators and interpreters of the Law, it could be said that the regulation of the supply of digital content and services could be the greatest challenge facing the legal field. The concern regarding protection for processed personal data, given its fundamental right status, in a certain sense seems to have overshadowed its necessary consideration from a contractual perspective. Even though processing of personal data has not been fully recognised as a possible consideration in exchange for the supply of digital content and services, the economic reality is other.

In this paper it has been justified the recognition of processing of personal data as consideration. On this basis, it has been analysed the influence of protection processed personal data on Contract Law and the possibility of this regulation being an unusual restriction on the pre-drafting power in the field of general terms. In consequence, the referred limitation would derived in the decision power held by digital content and services users regarding the gratuitousness or onerosity of these supplies, when the performance which the user has to comply with consisted exclusively in the processing of their personal data.

**Key words:** *personal data; personal data protection; gratuitous contracts; onerous contracts; digital content; digital service; Internet; private autonomy principle; general terms; information duties; principle of good faith.*

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.– II. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN POR EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES: 1. Aspectos básicos.– 2. Los datos personales como mercancía.– 2. El tratamiento de datos personales como prestación contractual.– III. BASES JURÍDICAS PARA LA LICITUD DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. ENTRE EL CONSENTIMIENTO Y EL CONTRATO.– IV. POSIBLE GRATUIDAD DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A ELECCIÓN DEL USUARIO: 1. Interpretación de los límites previstos en el art. 7.4 RGPD y el art. 6.3 LOPDPGDD.– 2. Planteamiento de la posible gratuidad del suministro de contenidos y servicios digitales a elección del usuario.– V. LÍMITE AL PODER DE DECISIÓN DEL USUARIO. DE NUEVO, LA DESINFORMACIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Partiendo de que en el campo tecnológico, y más concretamente en la esfera de Internet, las relaciones de carácter patrimonial pueden adoptar muy diversas formas, a lo cual se añade la prolífica legislación que regula este ámbito, parece conveniente realizar una serie de precisiones terminológicas en el contexto de este trabajo, que tiene por objeto el estudio de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que se celebran empleando Internet como técnica de comunicación a distancia. Así pues, nos hallamos ante unos contratos que se encuadran dentro de la categoría del contrato celebrado a distancia del art. 92.1 del *Real Decreto Legislativo 1/2207, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*—en lo sucesivo TRLGDCU—. Además, esta modalidad contractual se ubica en la llamada *contratación electrónica* que, de acuerdo con la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico*—LSSICE en adelante—, consiste en «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

Aparte del modo en que se celebran estos contratos, el objeto sobre el que recaen es otro de sus rasgos esenciales. Así, la reciente *Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*—Directiva 2019/770—, en su art. 2.1) define el contenido digital como «los datos produci-

dos y suministrados en formato digital». Y, de otra parte, conforme al segundo apartado del mismo artículo, el servicio digital se entiende como «un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital», o bien puede consistir en «un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos». Dada la amplitud del concepto de contenido digital de la Directiva 2019/770, los servicios digitales podrían entenderse incluidos en el de *contenido digital* sin necesidad de distinguir entre uno y otro concepto<sup>1</sup>. No obstante, como apunta JACQUEMIN, que la Directiva 2019/770 haga mención expresa a los *servicios digitales* y proporcione una definición de los mismos—a pesar de que la amplitud del concepto de *contenido digital* podría abarcar la noción de *servicios digitales*—, distinguir entre uno y otro concepto es una opción que parece ofrecer mayor certeza y podría evitar futuras discusiones jurisprudenciales y doctrinales acerca de esta cuestión.

Por último, con las referencias al *usuario* se pretenden evitar las limitaciones normativas que se producen en este marco negocial, dada la previsión de un conjunto de normas destinadas a la protección del usuario cuando ostenta la condición de consumidor. Así ocurre, por ejemplo, respecto de la Directiva 2019/770 que solo es aplicación en los contratos celebrados entre el empresario suministrador del contenido o servicio digital y un

<sup>1</sup> HÉRVÉ, JACQUEMIN, «Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 8, Issue 1, 2017, p. 29.

consumidor. Aunque el término *usuario* podría dar lugar a su equiparación a la figura del consumidor con base en nuestra legislación dirigida a la protección de los consumidores y *usuarios* —TRLGDCU—, se ha optado por este concepto debido a su uso generalizado en relación con los bienes y servicios ofrecidos en Internet, en sentido parecido a la de noción de *destinatario* empleado en la LSSICE, aunque dada la regulación relativa a la protección en el tratamiento de datos personales, únicamente se entenderá por *usuario* a las personas físicas, sean consumidores o no, excluyéndose de este modo a las personas jurídicas<sup>2</sup>.

## II. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN POR EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

### 1. ASPECTOS BÁSICOS

En el ámbito de Internet abundan los contratos en los que a la licencia de uso de un *software* determinado o bien el simple acceso a una página web y al consiguiente contenido o servicio digital se les anuda el necesario registro de usuario, lo cual implica la previa proporción de datos por parte de éste para la creación de una cuenta a tal efecto. De otra parte, el suministrador también puede recabar datos del usuario a través de la propuesta de aceptación de instalación de *cookies* en el dispositivo desde el que se accede a la página web en cuestión o se procede a la descarga de un programa

informático. Así pues, en la realidad del tráfico económico actual el tratamiento de datos personales ostenta un papel fundamental, definiéndose en el art. 4.2 del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)* —en adelante, RGPD— de tal manera que abarca «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación supresión o destrucción».

En consonancia con el amplio número de operaciones que se enmarcan en el concepto de *tratamiento de datos personales*, por *datos personales* se entiende toda aquella información acerca de una persona física identificada o identificable conforme al art. 4.1 RGPD<sup>3</sup>. El rasgo principal de la definición de *datos personales* de la normativa europea es que tales datos supongan la posibilidad de que la persona pueda ser identificada, lo cual

<sup>2</sup> La definición de *destinatario del servicio* o *destinatario* proporcionada por la LSSICE en su Anexo es la siguiente: «persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información».

<sup>3</sup> Según el art. 4.1 RGPD, «(...) se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

se explica atendiendo al propio objeto de la norma en la que se incluye el artículo citado y el hecho de que la protección de datos personales ostente el rango de derecho fundamental —aunque en un primer momento se consideraba incluido en el derecho a la intimidad y a la vida privada<sup>4</sup>—.

No obstante, dado que el tratamiento de los datos personales no se agota en lo que respecta a la protección que merecen los usuarios en el desarrollo de dicha actividad, parece conveniente completar el significado de *dato personal* según lo previsto por el RGPD teniendo en cuenta tanto el modo en que se recopila la información como sus distintas finalidades en relación con su valor económico. El modo en que los datos personales se recaban dan buena idea de la relevancia que tienen cada una de nuestras actuaciones en el ámbito de Internet, puesto que la información puede ser obtenida cuando los datos son creados y compartidos por los propios usuarios, por ejemplo, en sus interacciones en redes sociales. En segundo lugar, las empresas pueden registrar las acciones que llevan a cabo los usuarios, tal y como sucede respecto de los datos de localización por el uso de teléfonos móviles. Y, por último, se encuentran los datos que se basan en el análisis de información que ha sido compartida por los usuarios o bien a partir de la información recopilada con motivo del registro de sus acciones<sup>5</sup>. De esta breve exposición se

deduce que los datos personales pueden recopilarse gracias a la colaboración o intervención directa del usuario, al crear una cuenta destinada a la obtención del contenido o servicio digital; o bien, dicha recopilación puede llevarse a cabo por medio de distintos instrumentos tecnológicos como las *cookies*<sup>6</sup> —los datos que se recogen de este modo son también conocidos como «*clickstream data*»<sup>7</sup>—.

Como se ha puesto de manifiesto, aparte de la importancia que reviste para el Derecho de contratos el modo en que se recopilan los datos personales, a la hora

---

shared by individual, e.g., social network profiles. Observed data – captured by recording the action of individuals, e.g., location data when using cell phones. Inferred data – data about individuals based on analysis of volunteered or observed information, e.g., credit scores».

<sup>6</sup> Ya en el año 1998, VIKTOR, MAYER-SCHÖNBERGER, «Internet Privacy. The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?», *Computer Law & Security Review*, Vol. 14, No. 3, 1998, pp. 166-167, define las *cookies* como «pieces of information generated by a Web server and stored in the user's computer, ready for future access. (...) Essentially cookies make use of user-specific information, transmitted by the Web server onto the user's computer so that the information might be available for later access by itself or other servers. (...)». De acuerdo con Susana, NAVAS NAVARRO, *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 357, «[l]a cookie es un texto alfanumérico que se descarga en el equipo terminal del destinatario de la prestación de un servicio de la sociedad de la información cuya función es almacenar datos en el mismo que pueden ser recuperados por el prestador de servicio cuando el destinatario vuelve a solicitar la información, esto es, vuelva a conectar con el sitio web o con otro que forma parte de la misma red».

<sup>7</sup> Según Susana, NAVAS NAVARRO, ob. cit., pp. 47 y 48, «[e]l «*clickstream data*» contiene información básica como el tipo de ordenador que maneja el usuario para acceder a internet, el tipo de navegador, la identificación de cada sitio web que visita el usuario. Si éste suministra determinada información durante su visita, el «*clickstream data*» incluye esos datos más personales como, por ejemplo, el nombre de usuario o la palabra clave que utilice, dirección de e-mail o número de la tarjeta de crédito».

---

<sup>4</sup> Sobre el proceso por el cual la protección de datos adquiere el rango de derecho fundamental, José, AMÉRIGO ALONSO, «Objeto y ámbito de aplicación», en Artemi, RALLO LOMBARTE (Dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-93.

<sup>5</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, January 2011, p. 7, al sostener que los datos personales son: «data (and metadata) created by and about people, encompassing: Volunteered data – created and explicitly

de abordar la modalidad contractual que nos ocupa debe tenerse igualmente presente el papel que ostenta el tratamiento de datos personales en el mercado. Su relevancia económica se puede deducir de los distintos fines para los que son destinados, como la reducción de costes de investigación de los productos y transacciones, su empleo con propósitos de investigación científica —como la inteligencia artificial— y, entre otras utilidades, destaca su uso para la mejora de los resultados de las campañas de publicidad, siendo esencial para la denominada *targeted advertisement* o publicidad dirigida. Ya lo ponen de relieve HOOFNAGLE y WHITTINGTON, al señalar que el tratamiento de los datos personales de los usuarios a cambio de contenidos y servicios digitales supuestamente gratuitos constituye el núcleo de las propuestas comerciales de muchas de las empresas del sector<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Según Chris Jay, HOOFNAGLE/Jan, WHITTINGTON, «Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price», *UCLA Law Review*, Rev. 606, 2014, p. 626, textualmente, «[F]or some firms, the collection and monetization of data from and about consumers in exchange for purportedly free services is the core business proposition». Sobre el modelo de negocio al que nos referimos en relación con el empleo de «cookies» para recabar datos personales de los usuarios, Juan, FLAQUER RIUTORT, «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy)», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 47/2018, p. 2, «(...) podemos percibir claramente la distinción entre dos conceptos que se revelan esenciales en este campo de la publicidad digital: por un lado, el de editor, que se corresponde con aquella entidad prestadora de servicios de la sociedad de la información titular de una página web a la que puede acceder un usuario y para cuya prestación se utilizan cookies y, por otro, el de anunciante, que será aquel sujeto que pretende servirse de los soportes ofrecidos por el editor en su página web al efecto de publicitar sus productos o servicios». Asimismo, Javier, FRAMIÑÁN, «Big data, consentimiento para tratar datos personales

Ahora bien, desde una perspectiva económica, hace unos años se advertía de la escasa representación del mercado de los datos personales en las estadísticas de tipo económico y su escasa valoración por parte de las organizaciones, a pesar del reconocido potencial del *Big Data* y de la necesidad de medición del valor socio-económico de los datos personales<sup>9</sup>. En diversos estudios se ha concluido que la labor de determinación del valor económico de los datos personales se puede llevar a cabo, por ejemplo, tomando en consideración la capitalización y los ingresos netos por el registro de datos, los precios de mercado, la violación de datos o su valor en los mercados ilícitos. Incluso, los datos personales pueden valorarse económicamente según las preferencias personales, como a través de encuestas o averiguando lo que los usuarios están dispuestos a pagar por la protección de sus datos<sup>10</sup>. En este sentido, dadas las dificultades que se pueden plantear en la labor de determinación del valor económico de los datos personales, MALGIERI y CUSTERS señalan que dicho cálculo requiere, ante todo, claridad respecto del modo en que se exprese su valor, el objeto al que efec-

y Derecho de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310/2018, Civitas, 2018, pp. 3 y 4, sobre el modelo de negocio consistente en el tratamiento de datos personales y las economías de escala y los efectos red; OECD, «Exploring the Economics of Personal Data. A survey of methodologies for measuring monetary value», *OECD Digital Economy Papers*, No. 220, 2013, pp. 16-17; Sarah, SPIEKERMANN/Alessandro, ACQUISTI/Rainer, BÖHME/Kai-Lung, HUI, «The challenges of personal data markets and privacy», *Electronic Markets*, 25 (2), Springer, 2015, p. 161.

<sup>9</sup> OECD, «Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth. Mapping the policy issues raised by "Big Data"», *OECD Digital Economy Papers*, No. 222, 2013, pp. 6 y 12.

<sup>10</sup> OECD, «Exploring the Economics of Personal...», pp. 18 y ss.

tivamente se está asignando un precio y, por último, el modo en que el valor de tal objeto sea calculado<sup>11</sup>. Aunque en estos estudios se presentan distintas propuestas para el cálculo del valor económico de los datos personales, se evidencian las dificultades que plantea su asimilación, dada la relativa novedad de este tipo de bienes, no solo en el ámbito jurídico, sino también en el económico.

Sin embargo, a pesar de los avances que se van produciendo con respecto a la determinación del valor económico de los datos personales, todo parece indicar que los datos personales de un usuario, valorados de manera aislada, probablemente tengan escaso valor económico. Esta presunción se basa, fundamentalmente, en que conforman la *materia prima* del denominado *Big Data*<sup>12</sup>, entre cuyas características esenciales se halla el volumen<sup>13</sup>. Esta circunstancia incide en una cuestión que ya se planteó en relación con la contratación por adhesión, esto es, la desincentivación del afectado para la reclamación dada la escasa cuantía del objeto de la controversia, contribuyendo a la perpetuación de la conducta reprochable llevada a cabo, en este caso, por

el suministrador del contenido o servicio digital<sup>14</sup>.

## 2. LOS DATOS PERSONALES COMO MERCANCÍA

En contraste con la realidad económica ya indicada, el modelo de negocio que se emplea de manera masiva en el ámbito de Internet, consistente en el intercambio de contenidos y servicios digitales por los datos personales de los usuarios, parece que se resiste, en cierto modo, a ser plenamente reconocido y admitido en la legislación relativa a la contratación de suministro de contenidos y servicios digitales, de acuerdo con lo dispuesto en el Considerando Vigésimo-cuarto de la Directiva 2019/770, y tanto igual sucede en el marco de la protección en el tratamiento de los datos personales<sup>15</sup>. No ocurre lo mismo en la esfera del Derecho tributario, ya que la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que*

<sup>11</sup> Gianclaudio, MALGIERI/Bart, CUSTERS, «Pricing privacy. The right to know the value of your personal data», *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Issue 2, 2018, pp. 294 y ss.

<sup>12</sup> Susana, NAVAS NAVARRO, ob. cit., pp. 40 y ss., sobre la distinción entre los «datos-materia prima» y los «datos-conocimiento».

<sup>13</sup> OECD, «Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth. Mapping...», p. 12, los rasgos definidores del «*Big Data*» son el volumen, la velocidad, la variedad y el valor —económico—. Aunque los elementos esenciales del «*Big Data*» puede variar según la fuente consultada. Así, por ejemplo, Susana, NAVAS NAVARRO, ob. cit., p. 37, «a lo que se denomina «big data» o «datos masivos» es a «datos digitales» caracterizados por su volumen, velocidad, volubilidad, valor, variedad, visualización, veracidad».

<sup>14</sup> José Manuel, BUSTO LAGO/Natalia, ÁLVAREZ LATA/Fernando, PEÑA LÓPEZ, «Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en las relaciones de consumo», en José Manuel, BUSTO LAGO (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 213, se refieren a la obra de D. Hart, «Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato», *Capitalismo y cultura jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, en cuanto a que la desinformación jurídica, desesperanza y los costes del proceso son las principales razones por las que el perjudicado puede terminar absteniéndose de reclamar ante la Justicia.

<sup>15</sup> Según el GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, de 10 de abril de 2018, p. 9, «el RGPD garantiza que el tratamiento de los datos para los que se ha solicitado consentimiento no se convierta directa o indirectamente en una contraprestación de un contrato».

grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, de 21 de marzo de 2018, describe de manera muy ilustrativa el modo en que los usuarios contribuyen a la generación de valor para las empresas digitales; así, «las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos, o que pueden transmitirse a terceros a título oneroso»<sup>16</sup>.

Pues bien, de acuerdo con el Considerando Vigésimocuarto de la Directiva 2019/770, «[a] menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario. Tales modelos de negocio ya se utilizan de diferentes formas en una parte considerable del mercado. Al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe

garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales». De lo transcrito se plantean dos interrogantes de gran calado. En primer lugar, es necesario preguntarse el motivo por el que se ha contrapuesto la protección de los datos personales como derecho fundamental a la consideración de éstos como mercancía, a pesar de reconocer, al mismo tiempo, la relevancia de los datos personales en el mercado y su condición de *moneda de cambio* por el suministro de contenidos y servicios digitales. Y, en segundo término, si se defiende que los datos personales no tienen la condición de mercancía —dado que su protección ostenta el rango de derecho fundamental—, la admisión de los datos personales como contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, como hace de manera poco decidida la propia Directiva 2019/770, tal vez podría suponer la contravención de lo previsto por el primer párrafo del artículo 1271 del Código Civil, de forma que los datos personales se situarían *fuera del comercio de los hombres*.

Sobre la primera cuestión planteada, es cierto que la Directiva 2019/770 reconoce parcialmente —o rechaza, según cómo se interprete— el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de los datos personales del usuario. Es decir, nos encontramos ante una discreta exclusión, ya que en la parte dispositiva de la norma europea se dispone que la misma será de aplicación cuando al llevarse a cabo el suministro el consumidor proporcione o se comprometa a proporcionar sus datos personales de acuerdo con los términos previstos en el art. 3.1 de la Directiva 2019/770. Ahora bien, parece que la motivación de que la Directiva prevea que los datos persona-

<sup>16</sup> Se está pendiente de conocer cuál será el texto definitivo de la Directiva, pero todo parece indicar que tendrá menos repercusión de la que se previó en un primer momento tras los debates del Consejo ECOFIN del 4 de diciembre de 2018. Así, la Propuesta de Directiva ha reducido su ámbito objetivo de aplicación de manera considerable, ya que del gravamen a «los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales», en la nueva redacción del texto, con fecha de 1 de marzo de 2019, se ha pasado a «los ingresos de la prestación de servicios de publicidad digital» —art. 1 de la Propuesta de Directiva—. Enlace web: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6873-2019-INIT/es/pdf>.

Sobre la influencia de los grupos de presión en el marco legislativo europeo en materia tecnológica, Sylvania, MERCADO KIERKEGAARD, «Lobbyism and the 'Opt in'/'Opt out' cookie controversy. How the cookies (almost) crumbled: Privacy & lobbyism», *Computer Law & Security Review*, Volume 21, Issue 4, 2005, pp. 317 y ss.

les no pueden tener la consideración de mercancía responde al hecho de que su tratamiento tiene un importante límite, puesto que la protección de las personas físicas acerca del tratamiento de sus datos personales constituye un derecho fundamental conforme al art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta circunstancia entronca con la segunda cuestión, dada la relación entre derechos fundamentales e ilicitud o extracomercialidad del objeto del contrato.

Acerca del rechazo hacia la idea de los datos personales como mercancía, debe distinguirse entre la protección que dispensa la ley a las personas físicas por el tratamiento de sus datos personales y los datos personales en sí mismos considerados. En el RGPD se advierte de que la protección en el tratamiento de los datos personales no es un derecho absoluto, de manera que debe ponerse en relación con otros derechos fundamentales, como la libertad de empresa, a fin de respetar el equilibrio entre los distintos derechos fundamentales reconocidos —Considerando Cuarto RGPD—. Esta idea entronca con nuestra doctrina jurisprudencial que se recuerda en el Preámbulo de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* —LOPDGDD en adelante—, de manera que, a través del derecho a la protección en el tratamiento de datos personales los ciudadanos ostentan un poder de disposición sobre los datos que proporcionan y capacidad de decisión sobre las finalidades para las que se recopilan —STC 94/1998, de 4 de mayo y STS 292/2000, de 30 de noviembre—, pero de dicho reconocimiento no se deduce la prohibición de comercialización de los datos personales para su tratamiento.

De este modo, de la legislación vigente dedicada a la protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales —tanto el RGPD como la LOPDPGDD—, no parece que pueda extraerse el rechazo de la consideración de los datos personales como mercancía, ya que estas normas no han excluido expresamente la posibilidad de tratamiento de tales datos con fines comerciales. A este respecto, GARCÍA VICENTE, en relación con el requisito contenido en el art. 1271 CC y por el cual las cosas o servicios objeto del contrato han de comprenderse «dentro del comercio de los hombres», señala, entre otras cosas, que dicha exigencia supone que tales cosas o servicios no hayan sido excluidos del tráfico en virtud de una norma jurídica<sup>17</sup>. Puesto que la referen-

<sup>17</sup> José Ramón, GARCÍA VICENTE, «Artículo 1271», en Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9139, sostiene que para dar por cumplido el art. 1271 CC, las cosas o servicios no deben estar «excluidas por las leyes del tráfico jurídico, (...) porque se haya excluido su tráfico en virtud de decisiones de política jurídica fundadas en una diversidad de razones sean de signo constitucional (los límites respecto a los derechos fundamentales), de orden público (art. 1494 I CC), o de simple oportunidad (transferencia de tecnología)». En sentido parecido, Rosario, VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1271», en Ana, CAÑIZARES LASO/Pedro, DE PABLO CONTRERAS/Francisco Javier, ORDUÑA MORENO/Rosario, VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 644, «la extracomercialidad relativa, por el contrario, nos remite a la idea de sustracción de determinados bienes del tráfico jurídico por disposición legal, cosa que ocurre, en nuestro país con las armas, cuya comercialización está limitada, (...)»; previamente, sobre la extracomercialidad absoluta, esta cualidad «se refiere a categorías de bienes que por su propia naturaleza no pueden apropiarse las personas, como (...) aquellas que no se incluyen en el patrimonio de las personas, como el estado civil (...)». Por otro lado, respecto de la relación entre ilicitud y extracomercialidad, Luis, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 249, «las cosas como objeto de un contrato

cia a que los datos personales no pueden considerarse mercancía no se encuentra recogida en la parte dispositiva de la Directiva 2019/770, aparece en uno de sus considerandos<sup>18</sup>, ni tampoco parece que pueda deducirse una norma prohibitiva que excluya los datos personales del *comercio de los hombres* en la legislación dedicada a la protección en el tratamiento de los datos personales, parece haber razones suficientes para la admisión de la comercialización de los datos personales. Lo fundamental, entonces, es que el tratamiento de datos personales se lleve a cabo conforme a la ley. Es decir, que sea un tratamiento lícito.

---

no son *per se* cosas lícitas o ilícitas, sino que lo lícito o ilícito será el traficar o el comerciar con ellas. Por esto, aplicada a las cosas, la idea de la ilicitud se transforma en la de comercialidad o comerciabilidad». En cambio, Joaquín, RAMS ALBESA, «Artículos 1.271 y 1.272», en Manuel, ALBALADEJO/Silvia, DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1<sup>o</sup>-B, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 448-449, advierte de la inidoneidad de la equiparación entre ilicitud y extracomercialidad.

<sup>18</sup> Conforme a la *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, pp. 31-32, «se entiende por «considerandos» la parte del acto que contiene la motivación de este y que se intercala entre los vistos y la parte dispositiva del acto. (...). La motivación de los reglamentos, directivas y decisiones es obligatoria. Tiene por objeto dar a conocer a toda persona interesada las circunstancias en que el autor del acto ha ejercido la competencia relativa al acto en cuestión (...), dar a las partes de un litio la posibilidad de defender sus derechos y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la de ejercer su facultad de control». Asimismo, «[l]os considerandos deben motivar de forma concisa las disposiciones esenciales contenidas en la parte dispositiva del acto». En el mismo sentido, el *Libro de Estilo Interinstitucional* de la OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA, «[l]os considerandos razonan el contenido de la parte dispositiva (el articulado) del acto». Se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://publications.europa.eu/code/es/esn120200.htm?cookies=disabled!>

### 3. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES COMO PRESTACIÓN CONTRACTUAL

Dados los modelos de negocio ideados en el ámbito digital, el reconocimiento de los datos personales como mercancía y el incuestionable valor económico de los datos personales en el mercado actual, parece que hay razones suficientes para decantarse por el reconocimiento del tratamiento de los datos personales como contraprestación contractual por el suministro de contenidos y servicios digitales. Ya sea cuando los datos personales se recopilan con la intervención directa del usuario al proporcionarlos para la creación de una cuenta de usuario o cuando se recaban por medio de tecnologías tales como las referidas *cookies*, siempre que tal información no se recabe exclusivamente con una finalidad de carácter técnico para que el suministrador pueda realizar la prestación que le corresponde o bien en cumplimiento de una norma imperativa<sup>19</sup>.

No en vano, la tesis que aquí se defiende queda lejos de ser una cuestión del todo pacífica. Principalmente, a pesar de que las normas de protección frente al tratamiento de datos personales parecen sustentar la admisibilidad de la consideración de los datos personales como mercancía y, por consiguiente, como prestación contractual, parte de la doctrina ha

---

<sup>19</sup> Así pues, no tendría la consideración de prestación contractual los supuestos recogidos en el segundo párrafo del art. 3.1 de la Directiva 2019/770, que excluye de su aplicación aquellos casos en los que en el contexto de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, «los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos para ningún otro fin».

puesto de relieve que esta circunstancia entraría en conflicto con algunas de las previsiones dispuestas en tales normas, además de otras tantas relativas al Derecho de contratos.

En particular, de acuerdo con SPINDLER, si los datos personales se consideran como contraprestación, esta circunstancia provocaría, entre otras cosas, la afectación de la labor del juzgador a la hora de determinar el equilibrio de las cláusulas predispuestas en los contratos con consumidores, y, también, qué consecuencias jurídicas se derivarían de la exigibilidad de los datos personales y el requisito de veracidad de los datos proporcionados por el usuario<sup>20</sup>. Por su parte, como bien apunta SÁNCHEZ LERÍA, teniendo presente que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes *ex art.* 1256 CC, en relación con la exigibilidad de la conducta del usuario se plantea qué sucede en aquellos supuestos en los que el usuario revoca el consentimiento prestado en lo referente al tratamiento de sus datos personales<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Gerald, SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva 9.12.2015», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2016, pp. 12-13.

<sup>21</sup> Reyes, SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 diciembre», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45/2018, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 14 y ss. Acerca de los problemas derivados del reconocimiento de los datos personales como prestación contractual, Francisca María, ROSELLÓ, «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303/2017, Civitas, 2017, p. 7, entiende que, dada la exigibilidad de la prestación, se entraría en conflicto con las normas tendentes a la protección del libre consentimiento en el tratamiento de datos personales y la posibilidad de su revocación. Por último, Carmen, LAN-

Asimismo, ahondando en cuestiones esenciales que afectan a la teoría general del contrato, se llega a plantear la posible necesidad de revisión de conceptos como el de *prestación*, de *medio de pago* e, incluso, de la propia noción de *contrato*. Si bien dicha labor habría de incluir la determinación relativa a qué materias requerirían la intervención del legislador y en cuáles bastaría la interpretación de la legislación vigente a fin de adaptarla a las especialidades de la contratación de suministro de contenidos y servicios digitales<sup>22</sup>.

Ciertamente, el tratamiento de datos personales como prestación contractual plantea un número considerable de retos en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinal. No obstante, la construcción dogmática de esta figura negocial referente a contenidos y servicios digitales y el correlativo tratamiento de datos personales requiere, en primer lugar, la determinación del negocio jurídico que sirve de base para dicha transmisión patrimonial.

Si se defendiese que el suministro de contenidos y servicios digitales se produce de manera gratuita, cabría pensar que nos hallamos ante un cruce de negocios jurídicos gratuitos. Por un lado, el suministro del contenido o servicio digital y, de otra parte, el tratamiento

GHANKE/Martin, SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 6/2015, pp. 221 y ss., tratan los conflictos que surgirían al admitir el tratamiento de datos personales como contraprestación por contenidos y servicios digitales, respecto de las normas de protección en el tratamiento de datos personales y, en particular, sobre la revocación del consentimiento otorgado por el usuario.

<sup>22</sup> Alberto, DE FRANCESCO, «The changing shape of EU private law in response to digital innovation», *El mercado digital de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 73 y ss.

de datos personales; produciéndose en ambos casos el consiguiente «sacrificio para uno y ventaja para el otro»<sup>23</sup>. Pero, aparte de la donación pura, podría acudirse a la figura de la donación modal u onerosa, en la que el suministrador del contenido o del servicio digital de que se trate ostentaría la condición de donante al proporcionar tales contenidos o servicios de manera gratuita, pero *propondría* al usuario la asunción de la carga —que no contraprestación— consistente en el tratamiento de sus datos personales. En este último supuesto habría de asumirse, entonces, que la carga que corresponde al usuario sería un gravamen inferior al valor de lo donado *ex art.* 619 CC, lo cual ya de por sí podría ser cuestionado cuando, para empezar, ni tan siquiera es conocido el valor de la carga que ostentaría el donatario en caso de aceptar la donación —el tratamiento de datos personales—.

En principio debe rechazarse la posible calificación de estos negocios como donaciones porque uno de los elementos esenciales de la donación es el *animus donandi* del donante, requisito que nunca se presume<sup>24</sup>. Como pone de manifiesto

nuestra jurisprudencia, «con base en lo dispuesto en el artículo 1289 del Código Civil, ha interpretado que cuando existe duda sobre el carácter o naturaleza de la causa de un determinado negocio jurídico (onerosa o gratuita *ex artículo* 1274), aquélla ha de resolverse a favor de la menor transmisión de derechos e intereses, sin que quepa invocar la presunción de liberalidad, conforme al artículo 1277 del Código Civil, dado que la donación requiere la expresión de la causa de liberalidad y el *animus donandi*, según declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2003, 11 de febrero de 2005 y 15 de junio de 2007» —STS de 31 de octubre de 2016, Núm. de Resolución 644/2016—. De este modo, en el supuesto de entender que nos hallaríamos ante una donación pura en la que el usuario sería el donante, precisamente atendiendo al modo en que *se consiente* el tratamiento de los datos personales, destacando el déficit de información, no parece posible equiparar dicho consentimiento al *animus donandi* requerido en las donaciones, ya que, además, las condiciones bajo las cuales el usuario consiente el tratamiento de sus datos han sido predispuestas por el suministrador —se trata de un contrato por adhesión—.

En definitiva, aunque el pleno reconocimiento del tratamiento de datos personales como prestación contractual requiera mayor desarrollo, habida cuenta de las particularidades intrínsecas al objeto a que se refiere esta prestación contractual y el necesario respeto de las normas de protección en el tratamiento de datos personales, de la legislación vigente no parece que pueda inferirse que

<sup>23</sup> Luís, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ob. cit.*, p. 99.

<sup>24</sup> Entre otros, José Ángel, TORRES LANA, «Causa e intención liberal en el actual régimen contractual», en M<sup>a</sup> Ángeles, EGUSQUIZA BALMASEDA/Carmen, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (Dir.), *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Toscano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 118, en cuanto a la exigencia de que el *animus donandi* exista y se exprese; sobre las donaciones de bienes muebles, Carmen, GARCÍA LEÓN, «Donación de cosa mueble», en M<sup>a</sup> Ángeles, EGUSQUIZA BALMASEDA/Carmen, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (Dir.), *Tratado de las liberalidades...*, pp. 337 y 338, acerca de que no se exige referencia expresa al *animus donandi*, bastando con que se manifieste la intención del donante sobre su intención de disponer de la cosa de forma gratuita. Asimismo, Raquel, LUQUIN BERGARECHE, «La dona-

ción», en Enrique, RUBIO TORRANO/Juan Carlos, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (Dir.), *Lecciones de Contratación Civil y Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 170.

la transacción consistente en el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio del tratamiento de los datos personales del usuario pueda justificarse de otro modo que a través de la celebración de un contrato oneroso entre las partes, ya sea de compraventa, servicios o permuta, por citar algunos ejemplos. Aun reconociendo la complejidad de concretar la naturaleza jurídica de estos contratos, entiendo que, una vez determinada su onerosidad, no es necesaria una mayor concreción conceptual de los mismos más allá de su construcción con base en el medio a través del cual se celebran —Internet— y su referida singularidad objetiva —los contenidos y servicios digitales—. En opinión de CASTILLO PARRILLA, efectivamente, la dificultad que entraña la delimitación de este tipo de contratos se debe a «su amplitud y el modo en que ha sido construido. El contrato de suministro de contenidos digitales se construye en torno al objeto sobre el que recae el contrato (es decir, los contenidos digitales) y no en torno al objeto del contrato (el «suministro»)»<sup>25</sup>. De hecho, podría entenderse que la natural dificultad para la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales y su conceptualización se pone de manifiesto al comprobar que este tipo de contratos no ha sido tipificado por la Directiva 2019/770 —conforme a su Considerando Duodécimo, la determinación de la naturaleza jurídica de estos contratos es una cuestión que compete a los Derechos nacionales—, a

<sup>25</sup> José Antonio, CASTILLO PARRILLA, «A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados «de suministro de contenidos digitales». A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015)», en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, España, 2018, Versión E-Book, p. RB-3.2.

lo cual se debe añadir que tal modalidad contractual tampoco ha sido tipificada en nuestro ordenamiento jurídico por el momento.

En consecuencia, dada la atipicidad del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos que nos ocupan habrá de llevarse a cabo en cada caso concreto, en función de la naturaleza de la prestación principal del contrato de que se trate<sup>26</sup>; sin descartar la posibilidad de que en un futuro los contratos de suministro de contenidos digitales se puedan constituir, por ejemplo, como un *tertium genus* entre el contrato de compraventa y el de servicios<sup>27</sup>.

### III. BASES JURÍDICAS PARA LA LICITUD DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. ENTRE EL CONSENTIMIENTO Y EL CONTRATO

Si el tratamiento de datos personales puede tener la consideración de presta-

<sup>26</sup> Reyes, SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de noviembre», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45/2018, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 5-6.

<sup>27</sup> Sergio, CÁMARA LAPUENTE, «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad», en Paula, CASTAÑOS CASTRO/José Antonio, CASTILLO PARRILLA (Dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, España, 2019, p. 175. Acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, vid., del mismo autor, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2018, pp. 16-17. Asimismo, Cristina FUENTESECA DEGENEFTE, «Mercado único digital: algunos aspectos de la regulación del suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 2, abril-junio 2018, pp. 108 y ss.

ción contractual, la relevancia que tiene para el Derecho de contratos la normativa dedicada a la protección sobre el tratamiento de tales datos radica en que en ella se dispone la relación de bases jurídicas según las cuales dicho tratamiento será lícito —aspecto que se recoge en el art. 6 RGPD—. Esta circunstancia afecta a la licitud del objeto sobre el que recae el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, además de la incidencia de estas normas en aspectos fundamentales como la onerosidad o gratuidad del contrato suscrito.

En la realidad práctica, es difícil para el usuario distinguir entre el consentimiento contractual cuando accede a una página web o descarga una aplicación y el consentimiento que recae sobre el tratamiento de sus datos personales<sup>28</sup>. A la hora de determinar la base jurídica para la licitud del tratamiento de los datos personales, en el contexto en el que nos encontramos, en primer lugar, podría entenderse que se corresponde con la prevista en el art. 6.1.a) RGPD, que se refiere a aquel supuesto en el que «el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos». Por otro lado, en virtud del art. 6.1.b) RGPD, el

tratamiento será también lícito cuando sea «necesario para la ejecución del contrato en el que el interesado es parte».

Se ha puesto de manifiesto que en la esfera de la contratación referente al suministro de contenidos y servicios digitales la recopilación de datos personales de los usuarios es de una trascendencia económica incuestionable —basta comprobar las modificaciones que se han ido implementando durante la tramitación de la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales*—. Sin embargo, la cantidad de información poco comprensible e inexacta, en combinación con la falta de información relevante que recae sobre el objeto principal del contrato repercuten en la —a veces— difícil tarea de determinación de la base jurídica que justifica la licitud del tratamiento de los datos personales —esto es, la distinción entre los apartados a) y b) del art. 6.1 RGPD—.

La relevancia de la cuestión que se plantea se encuentra en que las exigencias legales referentes a la prestación del consentimiento en el tratamiento de los datos personales y su validez contrastan con la relativa *laxitud* de la regulación de la base jurídica contractual del art. 6.1.b) RGPD. Aunque es cierto que, en todo caso, independientemente de la base jurídica que sustente la licitud del tratamiento de los datos personales, son de obligado cumplimiento por parte de los suministradores de contenidos y servicios digitales los principios recogidos en el art. 5 RGPD —entre los principios que dicho artículo enumera, se encuentran, entre otros, los de licitud, lealtad y transparencia de su apartado a) y el principio de limitación de la finalidad del apartado b)—.

<sup>28</sup> Susana, NAVAS NAVARRO, ob. cit., pp. 78-79, sobre la diferencia entre consentimiento y asentimiento, en tanto que la normativa relativa a la protección en el tratamiento de datos personales en realidad debería emplear el término «asentimiento», en lugar de «consentimiento». Ya que el asentimiento es «una declaración unilateral y recepticia cuya finalidad es legitimar la actuación del responsable para que se inmiscuya en la esfera privada del titular de los datos, los recoja y proceda a su tratamiento». Ahora bien, más adelante, la autora apunta que precisamente en la práctica, «el consentimiento prestado por el titular de los datos parte contratante tiene el doble efecto de ser consentimiento contractual y asentimiento al tratamiento de sus datos que haga el responsable, a su vez, parte contratante».

En este trabajo, se parte de que se dan supuestos en los que el tratamiento de los datos personales del usuario es la contraprestación por el suministro de contenidos y servicios digitales, de manera que constituye el objeto principal del contrato. Así, dado que la eficacia del contrato pende de la prestación del consentimiento contractual otorgado por ambas partes contratantes —*ex* arts. 1254 y 1258 CC—, sucede que el tratamiento se produce en el contexto de una relación contractual. Por este motivo, se plantea la duda acerca de la determinación de la base jurídica en los casos que nos ocupan, distinguiendo entre la base jurídica del art. 6.1.a) RGPD y la base jurídica contractual del art. 6.1.b) RGPD.

Al proceder a la determinación de la base jurídica para la licitud de los datos personales en estos supuestos, es esencial la interpretación de la noción de *necesidad* característica de la base jurídica contractual del art. 6.1.b) RGPD. De acuerdo con PUENTE ESCOBAR este artículo debe entenderse en el sentido de que el tratamiento de los datos personales se justifica en su necesidad para que el contrato despliegue por completo sus efectos. En este sentido, el autor —trayendo a colación la anterior *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD)—, sostiene que «de nada servirá esta base jurídica si no pudiera ampararse en la misma cualquier dato que sea necesario para que se dé pleno cumplimiento a las prestaciones previstas en el contrato o se garantice íntegramente la garantía de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato»; así pues, la base jurídica contractual habría de ir más allá de lo que concierne a la prestación principal del contrato, puesto que de lo contrario sería necesaria

la fragmentación de la base jurídica para el tratamiento de datos<sup>29</sup>.

Una interpretación diferente sería la mantenida por el Comité Europeo de Protección de Datos que, conforme a sus *Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6.1.b) RGPD en el contexto del suministro de servicios online a los usuarios*, la aplicabilidad del art. 6.1.b) RGPD requiere que el tratamiento de los datos personales sea objetivamente necesario en el sentido de que forme parte del cumplimiento de la prestación debida a favor del usuario. Por otro lado, se expresa en el referido documento que entre las actividades que puedan ser *necesarias* para el suministrador del contenido o servicio digital —dado su modelo de negocio—, si no se encuadran dentro de la prestación solicitada por el usuario, tales actividades no podrán justificar la aplicación del art. 6.1.b) RGPD. Una de las actividades a las que se alude es la publicidad dirigida, *targeted advertisement* u *online behavioural advertising* que, según la Comisión Europea de Protección de Datos, supone habitualmente la fuente de financiación de las empresas dedicadas al suministros de contenidos y servicios digitales<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Agustín, PUENTE ESCOBAR, «Principios y licitud del tratamiento», en Artemi, RALLO LOMBARTE (Dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 134-135.

<sup>30</sup> EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 8 October 2019, pp. 9 y ss. En particular, en la p. 9 se dispone textualmente que «[f]or applicability of Article 6(1)(b), it is required that the processing is *objectively necessary* for a purpose that is integral to the delivery of that contractual service to the data subject». Y, más adelante, en la p. 11, «certain activities are not necessary for the individual services requested by the data subject, but rather necessary for the controller's wider business model. In that case, Article 6(1)(b) will not be a legal basis for those activities».

De igual modo, sobre esta cuestión ya se pronunció el Grupo de Trabajo del Artículo 29 que, ante las pretensiones de las compañías dedicadas a los motores de búsqueda en Internet, aclaró —aunque de manera escueta— que considerar que tales empresas y sus usuarios se encuentren en una relación contractual es una presunción de carácter general que no se corresponde con la base jurídica contractual, en tanto que no encaja con la estricta limitación de la *necesidad* que exige la Ley<sup>31</sup>.

El problema que se detecta en este razonamiento empleado para la interpretación del art. 6.1.b) RGPD es que parece obviar que el tratamiento de los datos personales puede formar parte de la prestación principal a cargo del usuario. Sin embargo, dadas las referencias al cumplimiento de la prestación a cargo del suministrador del contenido o servicio digital para la satisfacción del usuario y a «los servicios solicitados por el afectado» —es decir, el usuario del que se recopilan los datos personales—, en consideración con el hecho de que el concepto de *ne-*

*cesidad* ha de reflejar los objetivos de la norma de protección de datos<sup>32</sup>, parece que debería prevalecer la interpretación del art. 6.1.b) RGPD conforme a la cual el requisito de la necesidad del tratamiento de los datos personales para la ejecución del contrato sea entendido circunscrito al cumplimiento de la prestación a cargo del suministrador del servicio y excluyendo, en consecuencia, la prestación a cumplir por el usuario, que consistiría en el tratamiento de sus datos personales con ánimo de lucro.

De este modo, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que la contraprestación por dicho suministro sea el tratamiento de los datos personales del usuario, la licitud del tratamiento de los datos tendría como base jurídica el consentimiento del usuario en los términos previstos por el art. 6.1.a) RGPD.

#### IV. POSIBLE GRATUIDAD DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A ELECCIÓN DEL USUARIO

##### 1. INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES PREVISTOS EN EL ART. 7.4 RGPD Y EL ART. 6.3 LOPDPGDD

Aunque los reglamentos de la Unión Europea se caracterizan, entre otras cosas, por ser disposiciones normativas de aplicación directa en los Estados miembros, esta circunstancia no obsta para que los Estados miembros desarrollen lo

<sup>31</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos en relación con los motores de búsqueda*, de 4 abril de 2008, p. 17. En de dicho dictamen se sostuvo que «[m]any internet companies also argue that a user enters into a de facto contractual relationship when using services offered on their website, such as a search form. However, such a general assumption does not meet the strict limitation of necessity as required in the Directive», refiriéndose al art. 7.b) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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, de acuerdo con el cual, en términos parecidos al art. 6.1.b) RGPD, establecía que el tratamiento de datos personales solo se podrá efectuar, entre otros motivos, cuando «es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado».

<sup>32</sup> EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, ob. cit., p. 8, «[t]he concept of necessity has an independent meaning in European Union law, which must reflect the objectives of data protection law. Therefore, it also involves consideration of the fundamental right to privacy and protection of personal data, as well as the requirements of data protection principles including, notably, the fairness principle».

dispuesto por un reglamento, como así sucede en relación con el RGPD y la LOPDPGDD. Así, conforme al Considerando Décimo del RGPD, entre las distintas competencias legislativas en la materia que nos ocupa que se reconoce a los Estados miembros, el RGPD «no excluye el Derecho de los Estados miembros que determina las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito».

En el caso de España, en el propio Preámbulo de la LOPDPGDD se señala que «[l]a adaptación al Reglamento general de protección de datos, (...), requiere, en suma, la elaboración de una nueva ley orgánica que sustituya la actual». De este modo, en lo que concierne a la base jurídica del art. 6.1.a) RGPD, es decir, cuando la licitud del tratamiento de datos personales se sustenta en el consentimiento prestado por el usuario, lo previsto por la norma europea debe ponerse en relación con lo dispuesto por nuestra LOPDPGDD.

De acuerdo con el art. 4.11 RGPD, el consentimiento del usuario será «toda manifestación de voluntad libre, 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 el conciernen». En esta definición se incluyen los presupuestos necesarios para la validez del consentimiento comúnmente exigidos: la libertad y el conocimiento<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Sobre la validez del consentimiento contractual, entre otros, José, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 637; Ana Victoria, GARCÍA-GRANERO COLOMER, «Perfección, forma y prueba de los contratos. Parte primera. La perfección de los contratos», en Juan FRANCISCO, DELGADO DE MIGUEL (Coord. General), Vi-

A continuación, en el art. 7 RGPD se prevén las condiciones para la validez del consentimiento, entre las que destaca el último apartado del referido artículo, ya que en él se prevé que para la constatación de que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se ha prestado libremente «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» —art. 7.4 RGPD—. El artículo transcrito ha de ponerse en relación con el art. 6.3 LOPDPGDD, según el cual «[n]o 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». Como puede comprobarse, el art. 6.3 LOPDPGDD va más allá que el art. 7.4 RGPD respecto de la limitación relativa a la relación entre el consentimiento al tratamiento de los datos personales y el cumplimiento de los contratos, ya que el art. 7.4 RGPD se vale de dicha limitación para la valoración del consentimiento prestado por el usuario, teniéndolo en cuenta *en la mayor medida de lo posible*, mientras que el art. 6.3 LOPDPGDD establece directamente un mandato dirigido al suministrador.

El contenido del art. 7.4 RGPD, junto con lo dispuesto por el art. 6.3 LOPDPGDD, podría dar lugar a dos interpretaciones opuestas acerca de la gratuidad

cente L., SIMÓ SANTOJA (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, J, Civitas, Madrid, 2002, p. 326; José Ramón, GARCÍA VICENTE, «Artículo 1265», en Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Valencia, 2013, p. 9093 .

u onerosidad del contrato con base en la excepción que incluyen sobre la ejecución del contrato y el consentimiento prestado por el usuario en lo concerniente al tratamiento de sus datos personales. Si el cumplimiento de los contratos no se puede hacer depender de que el usuario consienta el tratamiento de sus datos personales con fines distintos a los admitidos por el art. 7.4 RGPD y el art. 6.3 LOPDGD, esta circunstancia podría suponer que la decisión sobre la gratuidad o onerosidad del contrato recayese en exclusiva en el usuario; puesto que el tratamiento de los datos personales con ánimo de lucro en beneficio del suministrador de los contenidos y servicios digitales podría ser rechazado por el usuario.

El tratamiento de los datos personales puede ser requerido no solo por cuestiones técnicas, sino también para otras finalidades —tales como las publicitarias—. En este sentido, si entre las condiciones generales del contrato se incluyese una cláusula conforme a la cual el usuario se compromete a aceptar todas las *cookies* propuestas por el suministrador del contenido o del servicio digital, puesto que así se ha estipulado en el contrato, cabría entender que dicho tratamiento tendría por finalidad «el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual» —art. 6.3 LOPDGD—. Esta interpretación sería *hecha a medida* para las empresas suministradoras de contenidos y servicios digitales, dada la predisposición del contenido del contrato por parte de estas empresas. Consecuentemente, si se interpretase en este sentido el art. 6.3 LOPDGD, probablemente la mayoría de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales serían contratos bilaterales y onerosos, ya que las empresas suministradoras incluirían en su clausulado la

necesaria aceptación del tratamiento de datos personales de los usuarios con ánimo de lucro —como la aceptación de instalación de *cookies* destinadas a la publicidad comportamental—.

Del art. 7.4 RGPD y el art. 6.3 LOPDGD cabría una segunda interpretación totalmente opuesta a la anterior. La prohibición de hacer depender la ejecución del contrato a la prestación del consentimiento sobre el tratamiento de los datos personales puede ser entendida en un sentido técnico, en cuanto a que solo se supeditaría el cumplimiento del contrato a la prestación del consentimiento al tratamiento de los datos personales cuando sea estrictamente necesario para que el suministrador pueda proporcionar al usuario el contenido o servicio digital de que se trate. Entre los distintos propósitos del tratamiento de datos que se limitan a posibilitar que el suministrador lleve a cabo la prestación a su cargo, se encontrarían los que se describen en el último párrafo del art. 22.2 LSSICE<sup>34</sup>. De acuerdo con la Agencia Española de Protección de Datos, conforme al citado artículo, el deber de información y el necesario consentimiento del usuario no serán requeridos para la instalación de *cookies* en los dispositivos de los usuarios cuando tengan las siguientes finalidades: «permitir únicamente la comunicación entre el equipo del usuario y la red» o «estrictamente prestar un servicio expresamente solicitado por el usuario»<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Según el último párrafo del art. 22.2 LSSICE, «[l]o anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario».

<sup>35</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía sobre el uso de las cookies*, noviembre de 2019, pp. 9

Para decantarse por una u otra interpretación del art. 7.4 RGPD y del art. 6.3 LOPDPGDD, deben traerse a colación las *Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, de 10 de abril de 2018, de acuerdo con las cuales la referida normativa persigue «la protección de los derechos fundamentales, el control de una persona sobre sus datos personales es esencial y existe una firme presunción de que dar el consentimiento a un tratamiento de datos personales que no sea necesario no puede considerarse como un requisito obligatorio para la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio». La vinculación del consentimiento del tratamiento de los datos personales a la ejecución de un contrato conlleva el riesgo de que al usuario se le niegue el cumplimiento de los servicios solicitados en caso de no desear prestar su consentimiento al tratamiento de sus datos. Es decir, se refiere a supuestos en los que el tratamiento de los datos personales no es *necesario* para la ejecución del contrato por parte de los suministradores de contenidos y servicios digitales. Es más, según se especifica más adelante, «[s]i un responsable pretende realizar el tratamiento de datos personales que sí son necesarios para la ejecución del contrato, entonces

y 10. En este sentido, en dicha guía se enumeran las *cookies* que, según el *Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies*, adoptado el 7 de junio de 2012, por el Grupo de Protección de Datos del Artículo 29, cumplirían las finalidades transcritas: «cookies de “entrada del usuario”», «de autenticación o identificación de usuario (únicamente de sesión)», «de seguridad del usuario», «de sesión de reproductor multimedia», «de sesión para equilibrar la carga», «de personalización de la interfaz de usuario» y, por último, «determinadas cookies de complemento (plug-in) para intercambiar contenidos sociales»

el consentimiento no será la base jurídica apropiada». Esto es, la base jurídica apropiada sería la recogida por el art. 6.1.b) RGPD, también denominada «base contractual»<sup>36</sup>. Es decir, se emplea la interpretación de la *necesidad* requerida para la aplicación de la base contractual para la licitud del tratamiento.

No obstante, en este razonamiento de nuevo nos encontramos con el rechazo del reconocimiento del tratamiento de los datos personales como prestación contractual, en sentido parecido a lo sostenido en el Considerando Vigésimocuarto de la Directiva 2019/770 sobre la exclusión de la consideración de los datos personales como mercancía. Así, de acuerdo con las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 a las que nos referimos, «el RGPD garantiza que el tratamiento de los datos para los que se ha solicitado consentimiento no se convierta directa o indirectamente en una contraprestación de un contrato»<sup>37</sup>.

A pesar de que en el presente trabajo se ha venido defendiendo la aceptación del tratamiento de los datos personales como prestación contractual, en contra-

<sup>36</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices del Grupo de trabajo del artículo 29 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, de 10 de abril de 2018, p. 9. Para ilustrar la distinción acerca de la necesidad del tratamiento de los datos personales para la ejecución del contrato, en la p. 10 se proporciona el siguiente ejemplo: «[u]n banco pide a sus clientes el consentimiento para que terceras partes puedan usar sus datos de pago para fines directos de mercadotecnia. Esta actividad de tratamiento no es necesaria para la ejecución del contrato con el cliente y la prestación de los servicios habituales de la cuenta bancaria. Si la negativa del cliente a dar su consentimiento a dicho tratamiento diera lugar a la negativa por parte del banco de prestar sus servicios, al cierre de la cuenta bancaria o, dependiendo del caso, a un aumento de las comisiones, el consentimiento no podría darse libremente».

<sup>37</sup> *Idem*.

posición con la postura sostenida por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, entiendo que la interpretación restrictiva del art. 7.4 RGPD y, en consecuencia, del art. 6.3 LOPDPGDD, se fundamenta principalmente en la protección de la libertad —autodeterminación— del usuario, quien, además, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ve coartada por completo su libertad contractual —autonormación— debido a la predisposición unilateral del contrato por el suministrador del contenido o servicio digital. Es decir, la interpretación de los artículos que nos ocupan tiene como fundamento velar por la validez del consentimiento otorgado por el usuario en relación con el tratamiento de sus datos personales —tenga la consideración de prestación contractual o no—. De tal manera que la aceptación o no del tratamiento de datos personales como prestación contractual en principio no parece afectar al sentido de las limitaciones expresadas tanto en el art. 7.4 RGPD como en el art. 6.3 LOPDPGDD.

## 2. PLANTEAMIENTO DE LA POSIBLE GRATUIDAD DEL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES A ELECCIÓN DEL USUARIO

Partiendo de que la base jurídica que determina la licitud del tratamiento de datos personales es el consentimiento del usuario —*ex* art. 6.1.a) RGPD—, dicho consentimiento ha de referirse a «uno o varios fines específicos». Y, de acuerdo con el art. 6.2 LOPDPGDD, «[c]uando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho con-

sentimiento se otorga para todas ellas». De esta forma, el usuario ha de tener la posibilidad de decidir en todo caso para qué finalidades consiente el tratamiento de sus datos personales. Así lo pone también de manifiesto el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en sus Directrices, «[c]uando el tratamiento de los datos se realice con fines diversos, la solución para cumplir la condición del consentimiento válido será la granularidad, es decir, la disociación de dichos fines y la obtención del consentimiento para cada uno de ellos»; además, que el consentimiento haya de ser específico en virtud de lo previsto por el art. 6.1.a) RGPD, tiene como finalidad «garantizar un nivel de control y transparencia»<sup>38</sup>.

En consideración con el art. 7.4 RGPD y, sobre todo, el art. 6.3 LOPDPGDD, se plantea la posible gratuidad del contenido o servicio digital a elección del usuario. Esta posibilidad se fundamenta, en primer lugar, en que la vinculación del consentimiento del tratamiento de los datos personales a la ejecución de un contrato únicamente podrá darse cuando sea necesario para que el suministrador pueda llevar a cabo la prestación a su cargo. A esto ha de sumarse que el usuario ha de prestar su consentimiento para cada una de las finalidades para las que se destine el tratamiento de sus datos personales. Siendo requisito imprescindible para la validez del consentimiento que éste haya sido prestado libremente. De este modo, en el ámbito de la contratación que nos ocupa, teniendo en cuenta que dicho tratamiento constituye la contraprestación a cargo del usuario y que «[n]o podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los

<sup>38</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *ob. cit.*, pp. 11 y 12.

datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual» —*ex* art. 6.3 LOPDGD—, se llega entonces a la conclusión de que el usuario tendría la posibilidad de rechazar el tratamiento de sus datos personales para todos aquellos fines que no sean imprescindibles para que el suministrador pueda realizar la prestación por él debida.

Así, por poner un ejemplo, en caso de que el suministrador del contenido o servicio digital recabase los datos del usuario únicamente a través de la instalación de *cookies* en su dispositivo, éste podría rechazar la instalación de todas aquellas *cookies* que no tuviesen exclusivamente una finalidad técnica. De tal manera que, en este supuesto, se plantearía la gratuidad del suministro del contenido o servicio digital a elección del usuario. Otro ejemplo sería aquel en el que los datos del usuario son recabados para proceder a su identificación y consiguiente registro. En este escenario, de igual modo, el suministrador ha de ofrecer al usuario la posibilidad de decisión respecto de los distintos fines para los que se solicita el consentimiento relativo al tratamiento de sus datos personales<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> El periódico digital «El País», para el acceso al contenido disponible solo bajo registro, en las «Preferencias de privacidad» a la hora de proceder al registro como usuario, distingue entre el tratamiento de los datos personales para fines necesarios e imprescindibles, para el que no se requiere el consentimiento del usuario. Y, de otra parte, los fines para los que solicita el consentimiento del usuario, distinguiendo entre las finalidades que por ley exigen el consentimiento del usuario y otros fines que, a pesar de no requerirse legalmente el consentimiento del usuario, el suministrador del servicio digital ofrece a éste la facultad de elección. Enlace web: [https://plus.elpais.com/registro/?prod=REGCRART&o=cerrado&int=pw\\_reg&backURL=https%3A%2F%2Felpais.com%2Felpais%2F2020%2F01%2F09%2Fopi](https://plus.elpais.com/registro/?prod=REGCRART&o=cerrado&int=pw_reg&backURL=https%3A%2F%2Felpais.com%2Felpais%2F2020%2F01%2F09%2Fopi)

Pero, debido a la conclusión a la que se llega de la interpretación efectuada del art. 7.4 RGPD y el art. 6.3 LOPDGD, se suscita de nuevo la duda acerca de la determinación del negocio jurídico por el que se produce el suministro de contenidos y servicios digitales, en aquellos supuestos en los que corresponda al usuario la decisión respecto de la gratuidad u onerosidad de lo recibido en virtud de los artículos analizados. Así, con motivo de esta importante injerencia normativa sobre la autonomía privada de los suministradores de contenidos y servicios digitales, cabría preguntarse si la oferta realizada por el suministrador puede tener la consideración de acto de liberalidad en el supuesto de que el usuario rechazase el tratamiento de sus datos personales. Sin embargo, la gratuidad del suministro no implica el ánimo de liberalidad en el suministrador del contenido o servicio digital de que se trate, puesto que la referida gratuidad nace de la obligada opción que ha de darse al usuario y la decisión que éste tome en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. Por tanto, dadas las diferencias entre acto gratuito, acto de liberalidad y donación<sup>40</sup>, no parece plausible considerar que la interpretación del art. 7.4 RGPD y el art. 6.3 LOPDGD origine la transformación del contrato oneroso en una donación, si bien quedaría por determinar entonces la naturaleza jurídica del contrato resultante.

nion%2F1578580531\_922634.html. [Consultado el 3 de febrero de 2020].

<sup>40</sup> Acerca de esta distinción, José Ángel, TORRES LANA, *ob. cit.*, pp. 111 y ss. Sobre el alcance del significado del *animus donandi*, Manuel, GONZÁLEZ-MENESSES GARCÍA-VALDECASAS, «La donación», en Juan FRANCISCO, DELGADO DE MIGUEL (Coord. General), Vicente L., SIMÓ SANTOJA (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 2<sup>o</sup>, Civitas, Madrid, 2005, pp. 609 y ss.

## V. LÍMITE AL PODER DE DECISIÓN DEL USUARIO. DE NUEVO, LA DESINFORMACIÓN

El abuso del empleo de los términos «gratis» o «gratuito» como reclamo, que faltan a la verdad si los datos personales se reconocen como prestación contractual, debe relacionarse con el desconocimiento del usuario acerca de los modelos de negocio que posibilitan la sustitución de la retribución dineraria por el *pago* a través de la recopilación de sus datos personales<sup>41</sup>. De hecho, a pesar de que el mercado de datos y el *Big Data* cada vez van adquiriendo más notoriedad pública, persiste la idea de que los contenidos y servicios digitales son gratuitos gracias a la publicidad que se hace llegar a los usuarios, como en los denominados «*two-sided markets*», que consisten en un modelo de negocio que permite a las páginas y plataformas web ofrecer su servicio de manera gratuita, mientras que el beneficio económico del suministrador de contenidos o servicios digitales provendría de una relación contractual entre éste y un tercero que, por ejemplo, publicita

sus productos en la plataforma web en cuestión<sup>42</sup>. Incluso, se puede llegar a relacionar la recogida de datos del usuario con la gratuidad del contenido o servicio digital, como si la única contraprestación posible fuese la dineraria<sup>43</sup>. Pero, sobre esta cuestión, ha de distinguirse entre las diferentes vías por las cuales los suministradores pueden obtener beneficio de lo que constituye la contraprestación cuyo cumplimiento asume el usuario con la celebración del contrato.

Sin lugar a dudas, a efectos puramente contractuales, es bastante preocupante el nivel de desinformación respecto de la actividad contractual que se lleva a cabo en el ámbito de Internet. Una desinformación del usuario plenamente com-

<sup>41</sup> Pongamos como ejemplo las diferencias entre la compra de un periódico en su versión impresa y el acceso a la página web de ese mismo periódico. Al respecto, Ronald, LEENES/Eleni, KOSTA, «Taming the cookie monster with Dutch law – A tale of regulatory failure», *Computer Law & Security Review*, 31, 2015, p. 319, «information society services involve multiple entities and are being provided via complex arrangements of content and service providers. For instance, a newspaper website (the first party), may contain editorial content provided by its publisher, as well as elements provided by third parties, such as advertisements provided by ad-networks, ad-brokers, social media plug-ins provided by Online Social Networks (ONS) and microblogs, as well as non visible services, such as web-analytics that inform the website owner of the use of its services by users provided by analytic companies. Most of these entities are considered ‘third parties’ and may place cookies on the user’s equipment on its visit to the newspaper website for various reasons»

<sup>42</sup> Según Friso, BOSTOEN, , «Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance to the economic reality of free products», *Computer Law and Security Review*, 35, 2009, p. 265, «platforms—which operate in two-sided markets—are able to offer their service for free to one user group by having the other pay for it. Media markets, which subsidize consumers while letting advertisers pay, are an important category in this respect. Online news, for example, is free because you are subjected to the websites advertisements. In fact, a large part of the internet is free in the sense that you are paying by watching (targeted) advertisements, all of which falls in the two-sided market category.»

<sup>43</sup> En este sentido, la OECD, «Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Products», *OECD Digital Economy Papers*, No. 241, 2014, p. 6, sostiene que «[i]n some cases, comercial use of consumer data by business enables them to provide consumers with products for “free” (i.e. with no monetary payment or at discounted prices)». Como reflejo de esta consideración, la empresa *Appnexus*, dedicada a la *publicidad personalizada*, mantiene en su página web que «[o]ur open, transparent Marketplace and powerful Enterprise technology enable marketers to connect and engage consumers on thousands of high-quality websites and apps. The ads they buy fund award-winning journalism, music, video, games – all at little or no cost to the consumers who enjoy open access to this premium content». Disponible en: <https://www.appnexus.com> [Consultado el 3 de febrero de 2020]

preensible e incluso justificable dada la información confusa y errónea que recibe no solo de los suministradores de contenidos y servicios digitales, sino también de las propias instituciones<sup>44</sup>. El incumplimiento de los deberes de información se materializa de diverso modo, ya sea por una información incomprensible, por la sobrecarga de información o por la omisión de información, destacando las situaciones en las que ni tan siquiera se hace alusión a la propia celebración de un contrato entre el suministrador y el usuario y aquellas en las que se omite toda referencia a la contraprestación a cargo del usuario<sup>45</sup>.

Ha de insistirse en la importancia de la información que reciben los usuarios, dado que los contratos que nos ocupan se celebran masiva e ininterrumpidamente

en Internet<sup>46</sup>, entre los que se incluyen, a modo de ejemplo, contenidos y servicios digitales tales como la prensa digital, los motores de búsqueda de Internet, procesadores de texto, servicios de *cloud computing*, los servicios de mensajería instantánea, los servicios de redes sociales o la descarga de aplicaciones a través de las cuales se accede a archivos de música y vídeos.

Sin embargo, debe reconocerse que la deficiente información relativa a la prestación debida por el usuario se justifica en parte en la falta de consenso sobre el reconocimiento del tratamiento de los datos personales como prestación contractual. Asimismo, conforme al art. 7.2 RGPD, si la licitud del tratamiento de los datos se basa en el consentimiento de los usuarios —*ex* art. 6.1.a) RGPD—, cuando dicho consentimiento se preste en documento escrito que también se refiera a otras cuestiones, «la solicitud del consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos», lo cual puede explicar que los suministradores de contenidos y servicios digitales separen las condiciones generales de la contratación de las «políticas de privacidad y de *cookies*». Por lo que esta práctica, en cumplimiento con lo previsto por la norma, contribuye al desconocimiento acerca de la relación entre el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio del tratamiento de los datos personales del usuario.

<sup>44</sup> Por ejemplo, de acuerdo con la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía sobre el uso de las cookies*, noviembre de 2019, p. 5, «[m]ás allá de las contribuciones directas e indirectas a la economía, la publicidad digital también aporta un importante valor añadido al ciudadano en su rol de consumidor, dado que esta le provee de contenidos a un precio reducido o de forma gratuita. En otras palabras, los ingresos derivados de la publicidad online hacen posible el gran valor que los consumidores obtienen de los servicios online que utilizan. Este excedente es de cerca de 40 euros al mes por hogar, más de lo que la familia paga por el acceso de banda ancha en el hogar».

<sup>45</sup> Al respecto, Carmen, LANGHANKE/Martin, SCHMIDT-KESSEL, *ob. cit.*, p. 218, ponen de relieve que «on consumer contracts – including situations of «paying with one’s own personal data» – agreements on consumer data are usually not dealt with under subtitles like «consideration» or «payment». To the opposite, many services, kinds of digital content and sometimes even tangible goods traded in the digital world are supplied «for free»». Por su parte, Francisca María, ROSELLÓ, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, pone de relieve que algunos bienes o servicios digitales se ofertan como gratuitos, a pesar de que el usuario se compromete a facilitar determinada información, considerando que en estos supuestos nos hallamos ante contratos onerosos.

<sup>46</sup> Téngase en cuenta que, de acuerdo con INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, *Measuring the Information Society Report 2018*, Vol. 1, ITU Publications, 2018, p. 3, el volumen de usuarios de Internet en el año 2018 alcanzó la mitad de la población mundial, lo que supone el 51.2% de la misma.

Entre las condiciones contractuales<sup>47</sup> de algunas de las páginas web más visitadas y aplicaciones más descargadas en nuestro país<sup>48</sup> se encuentran, en primer lugar, los supuestos en los que no se hace referencia alguna a la gratuidad u onerosidad de los contenidos o servicios, aunque al otorgarse al usuario la correspondiente licencia para la descarga y uso del *software* correspondiente se pueda prever una licencia a favor del suministrador respecto del uso de los contenidos generados por los usuarios<sup>49</sup> —licencias cuyo contenido pueden ser de dudoso equilibrio<sup>50</sup>—. En segundo lugar, se ha-

llarían los casos en los que se emplean las palabras «gratis» o «gratuito» de manera incorrecta, puesto que en las condiciones generales no se reconoce el tratamiento de los datos personales como posible contraprestación por el suministro de los contenidos y servicios digitales<sup>51</sup>. Por último, nos encontramos con aquellas situaciones en las que se hace referencia expresa a la contraprestación, aunque se describa parcialmente<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> También llamadas «condiciones», «condiciones de servicio», «términos de uso» o «términos y condiciones».

<sup>48</sup> En relación con la prensa digital, los periódicos El País, El Mundo y el Confidencial; entre los motores de búsqueda, se han consultado las condiciones legales de Google; sobre mensajería instantánea, WhatsApp; en lo que respecta a las plataformas de vídeos y de música, YouTube y Spotify; y, por último, dentro de las redes sociales, Facebook.

Las condiciones contractuales de estos servicios se encuentran disponibles en los siguientes enlaces [Consultados el 3 de febrero de 2020]:

<https://elpais.com/estaticos/aviso-legal/>  
<https://www.elmundo.es/registro/avisolegal.html>  
<https://www.elconfidencial.com/politicas-de-privacidad/descripcion-general/>  
<https://policies.google.com/terms?fg=1>  
<https://www.whatsapp.com/legal/>  
<https://www.youtube.com/t/terms>  
<https://www.spotify.com/es/legal/end-user-agreement/>  
<https://www.facebook.com/legal/terms>

<sup>49</sup> Así sucede en los casos de Google, YouTube y WhatsApp, en los que las prestaciones de las partes parecen quedar reducidas a lo que se contiene en las respectivas licencias, sin que se relacione el tratamiento de datos personales con la prestación a cargo del usuario.

<sup>50</sup> En lo concerniente a la predisposición de estas licencias, su necesario control y el posible desequilibrio entre los derechos de autor y los del usuario en perjuicio de este último, Raquel EVANGELIO LLORCA/Julián LÓPEZ RICHARD, «El derecho de autor en el entorno digital», en Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (Dir.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la*

*información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 203-205; Malcolm, BAIN, ob. cit., p. 321; Robert W., GOMULKIEWICZ, «Is the License Still the Product?», *Arizona Law Review*, Vol. 60, 2018, pp. 435 y 436, recoge distintas posturas doctrinales críticas en lo concerniente a la validez de las condiciones insertas en los *contratos de licencia de usuarios finales (End User License Agreement —EULA—)*.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Facebook comienza el clausulado de su «Condiciones del servicio» señalando que «[n]o te cobramos por el uso de Facebook ni del resto de los productos y servicios que se incluyen en estas Condiciones. En su lugar, las empresas y organizaciones nos pagan por mostrarte publicidad sobre sus productos o servicios. Al usar nuestros Productos, aceptas que te mostremos anuncios que consideremos relevantes para ti y tus intereses. Para determinar estos anuncios, usamos tus datos personales». He aquí precisamente donde radica una de las claves del éxito de Facebook, puesto que, usando los datos personales de los usuarios de la red social, presta un servicio de publicidad para empresas aplicando dichos datos para la personalización de la misma. Por su parte, el periódico digital El Mundo se refiere al «Acceso gratuito limitado», ya que éste «tiene carácter libre y gratuito para los 25 primeros accesos efectivos (según quedan definidos en el siguiente párrafo) que se realicen cada mes natural. (...)». En el caso del periódico digital El Confidencial, se limita a definir el servicio por ellos prestado del siguiente modo: «[a]quellos prestados por EL CONFIDENCIAL, normalmente a título gratuito, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, bajo la aplicación de las condiciones asociadas y/o, en su caso, tras la aceptación de las mismas».

<sup>52</sup> Spotify es la única de las empresas cuyas condiciones legales se han examinado que hace alusión expresa a la prestación, aunque la información proporcionada no es del todo precisa. Así, en el apartado 8º del «Acuerdo de uso» establece que «[c]omo contraprestación por los derechos que le hemos otor-

Enmendar este defecto relativo a la información precontractual es de gran relevancia, no solo por los efectos que podría producir en relación con la validez del consentimiento otorgado por el usuario, sino que si atendemos al hecho de que estas empresas obtienen, en mayor o menor medida, beneficio económico a través del tratamiento de datos personales, una de sus mayores vulnerabilidades se halla precisamente en este aspecto.

Ante el ofrecimiento de un contenido o servicio digital, el consentimiento sobre el contrato predispuesto por la empresa suministradora se producirá con la aceptación del usuario sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato —artículo 1262.1 del Código Civil—. Así, para la validez del consentimiento contractual es necesario que éste se preste concurriendo tanto el conocimiento como la libertad de contratar<sup>53</sup>; elementos esenciales que reciben la protección del ordenamiento jurídico, principalmente, a través de la previsión de los deberes de información.

No es este el lugar oportuno para plantear las distintas consecuencias jurídicas que podrían derivarse del incumplimiento

de los deberes de información que se han planteado, ni tampoco la discusión sobre la posible inidoneidad de la mayoría de los remedios previstos en la normativa actual. Sin embargo, en relación con el poder de decisión del usuario a raíz de la interpretación realizada sobre lo estipulado por el art. 7.4 RGPD y el art. 6.3 LOPDPGDD, otro de los aspectos sobre los que incide el incumplimiento de los deberes de información es el principio de la equivalencia de las prestaciones. En nuestro ordenamiento jurídico este principio rige en su vertiente subjetiva, de manera que la justicia conmutativa se deja al arbitrio de las partes contratantes. Ahora bien, para que las partes contratantes puedan alcanzar el equilibrio económico según su propio criterio es indispensable tener una información suficiente acerca del valor de las cosas sobre las que recae el objeto del contrato. En los supuestos que nos ocupa, dicha información recae sobre el valor de los datos personales.

Actualmente, la práctica imposibilidad de que los usuarios puedan decidir si el contenido o servicio digital es merecedor de *sus* datos personales supone una importante limitación de su autonomía privada. De este modo, aunque todo parece indicar que llegará un momento en el que el usuario terminará conociendo con mayor o menor precisión el valor económico de sus datos personales, por ahora la consideración por parte del usuario acerca de la prestación de su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales a cambio del suministro de contenido o servicio digital solo puede basarse en el *valor* que el usuario dé a su intimidad y, en su caso, el mero conocimiento de que los datos personales tienen un valor económico, aunque desconozca su cuantía siquiera de manera aproximada.

---

gado a usted en virtud de los Contratos, usted nos otorga el derecho a: (1) permitir que el Servicio de Spotify utilice el procesador, el ancho de banda y el hardware de almacenamiento de su Dispositivo para facilitar el funcionamiento del Servicio, (2) ofrecerle publicidad y otro tipo de información, y (3) permitir que nuestros socios comerciales realicen lo mismo. (...)».

<sup>53</sup> Entre otros, José, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 637; Ana Victoria, GARCÍA-GRANERO COLOMER, «Perfección, forma y prueba de los contratos. Parte primera. La perfección de los contratos», en AA.VV., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, Civitas, Madrid, 2002, p. 326; José Ramón, GARCÍA VICENTE, «Artículo 1265», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9093.

Si la normativa relativa a la protección en el tratamiento de los datos personales impone una serie de obligaciones al suministrador de contenidos y servicios digitales que derivan en la otorgación de la decisión de la gratuidad u onerosidad del contrato al usuario, en la práctica sucede que el incumplimiento de los deberes de información por parte de los suministradores provoca que la mayoría de las veces el usuario no haga uso de su facultad de decisión con pleno conocimiento de las consecuencias que se derivan de su decisión. Así pues, una legislación marcadamente garantista que ha limitado en gran medida el poder de disposición de las empresas suministradoras de contenidos y servicios digitales, no termina de desplegar todos sus efectos. El poder que tienen los usuarios en este ámbito contractual podría entenderse casi inaudito en el mercado, pero lamentablemente queda un largo recorrido para que el usuario ejerza su amplio poder de decisión.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía sobre el uso de las cookies*, noviembre de 2019.

José, AMÉRIGO ALONSO, «Objeto y ámbito de aplicación», en Artemi, RALLO LOMBARTE (Dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*, adopted on 4 April 2008.

Friso, BOSTOEN, , «Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance to the economic reality of free products», *Computer Law and Security Review*, 35, 2009.

José Manuel, BUSTO LAGO/Natalia, ÁLVAREZ LATA/Fernando, PEÑA LÓPEZ, «Las esti-

pulaciones contractuales predispuestas por el empresario en las relaciones de consumo», en José Manuel, BUSTO LAGO (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

Sergio, CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2018.

— «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: Supresión, recuperación y portabilidad», en Paula CASTAÑOS CASTRO/José Antonio CASTILLO PARRILLA (Dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, España, 2019.

José, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008.

José Antonio, CASTILLO PARRILLA, «A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados «de suministro de contenidos digitales». A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015)», en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, España, 2018.

— «Economía digital y dato entendido como bienes», *El mercado digital de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019.

Luis, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Enlace web: <https://dle.rae.es>

Raquel EVANGELIO LLORCA/Julián LÓPEZ RICHARD, «El derecho de autor en el entorno digital», en Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (Dir.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal*

- data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 8 October 2019.
- Juan, FLAQUER RIUTORT, «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy)», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 47/2018.
- Javier, FRAMIÑÁN, «Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310/2018, Civitas, 2018.
- Alberto, DE FRANCESCHI, «The changing shape of EU private law in response to digital innovation», *El mercado digital de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019.
- Cristina FUENTESECA DEGENEFFE, «Mercado único digital: algunos aspectos de la regulación del suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 2, abril-junio 2018.
- Carmen, GARCÍA LEÓN, «Donación de cosa mueble», en M<sup>a</sup> Ángeles, EGUSQUIZA BALMASEDA/Carmen, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (Dir.), *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Toscano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- José Ramón, GARCÍA VICENTE, «Artículo 1265», en Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Valencia, 2013.
- «Artículo 1271», en Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Ana Victoria, GARCÍA-GRANERO COLOMER, «Perfección, forma y prueba de los contratos. Parte primera. La perfección de los contratos», en Juan Francisco, DELGADO DE MIGUEL (Coord. General), Vicente L., SIMÓ SANTOJA (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, J, Civitas, Madrid, 2002.
- Manuel, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, «La donación», en Juan Francisco, DELGADO DE MIGUEL (Coord. General), Vicente L., SIMÓ SANTOJA (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 2<sup>o</sup>, Civitas, Madrid, 2005.
- Robert W., GOMULKIEWICZ, «Is the License Still the Product?», *Arizona Law Review*, Vol. 60, 2018.
- Pilar, GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Artículo 333», en Rodrigo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, *Measuring the Information Society Report 2018*, Vol. 1, ITU Publications, 2018.
- Chris Jay, HOOFNAGLE/Jan, WHITTINGTON, «Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price», *UCLA Law Review*, Rev. 606, 2014.
- Hervé, JACQUEMIN, «Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 8, Issue 1, 2017.
- Sylvia, MERCADO KIERKEGAARD, «Lobbyism and the 'Opt in'/'Opt out' cookie controversy. How the cookies (almost) crumbled: Privacy & lobbyism», *Computer Law & Security Review*, Volume 21, Issue 4, 2005.
- Carmen, LANGHANKE/Martin, SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 6/2015.
- Ronald, LEENES/Eleni, KOSTA, «Taming the cookie monster with Dutch law — A tale of regulatory failure», *Computer Law & Security Review*, Volume 31, 2015.
- Raquel, LUQUIN BERGARECHE, «La donación», en Enrique, RUBIO TORRANO/Juan Carlos, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (Dir.), *Lecciones de Contratación Civil y Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- Gianclaudio, MALGIERI/Bart, CUSTERS, «Pricing privacy. The right to know the value

- of your personal data», *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Issue 2, 2018.
- Viktor, MAYER-SCHÖNBERGER, «Internet Privacy. The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?», *Computer Law & Security Review*, Vol. 14, No. 3, 1998.
- Susana, NAVAS NAVARRO, *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- OECD, «Exploring the Economics of Personal Data. A survey of methodologies for measuring monetary value», *OECD Digital Economy Papers*, No. 220, 2013.
- «Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth. Mapping the policy issues raised by “Big Data”», *OECD Digital Economy Papers*, No. 222, 2013.
- OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Libro de estilo interinstitucional*, Bruselas-Luxemburgo, 2011.
- *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, Unión Europea, 2015.
- Carlo, PIANA, «A discussion of the different software licensing regimes», *Workshop: Legal aspects of free and open source software. Compilation of briefing notes*, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, 9 July 2013.
- Agustín, PUENTE ESCOBAR, «Principios y licitud del tratamiento», en Artemi, RALLO LOMBARTE (Dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, 2019.
- Joaquín, RAMS ALBESA, «Artículos 1.271 y 1.272», en Manuel, ALBALADEJO/Silvia, DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1<sup>o</sup>-B, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- Francisca María, ROSELLÓ, «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303/2017, Civitas, 2017.
- Reyes, SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 diciembre», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 45/2018, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- Jaime, SANTOS BRIZ, «Artículo 333», en Manuel, ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1<sup>o</sup>-B, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980.
- Sarah, SPIEKERMANN/Alessandro, ACQUISTI/Rainer, BÖHME/Kai-Lung, HUI, «The challenges of personal data markets and privacy», *Electronic Markets*, 25 (2), Springer, 2015.
- Gerald, SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva 9.12.2015», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2016.
- José Ángel, TORRES LANA, «Causa e intención liberal en el actual régimen contractual», en M<sup>a</sup> Ángeles, EGUSQUIZA BALMASEDA/Carmen, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (Dir.), *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Toscano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Rosario, VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1271», en Ana, CAÑIZARES LASO/Pedro, DE PABLO CONTRERAS/Francisco Javier, ORDUÑA MORENO/Rosario, VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2016.
- WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, January 2011.