



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: Perspectiva contractual sobre el tratamiento de los datos personales en el ámbito digital. Voluntad y consentimiento contractual de los usuarios.

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: Panel 4.

NOMBRE Y APELLIDOS: M^a Isabel Domínguez Yamasaki.

PROFESIÓN: Doctora en Derecho Privado, Abogada.

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Profesora-Tutora UNED.

RESUMEN:

I. Introducción

El punto de partida de la comunicación que se presenta es la consideración de los datos personales como prestación contractual en el contexto de los contenidos y servicios digitales ofrecidos en Internet y para los que no se requiere contraprestación dineraria.

Pensemos, a este respecto, en la supuesta gratuidad de las aplicaciones de redes sociales, mensajería instantánea, los procesadores de texto, las plataformas dedicadas a la reproducción de contenido musical o audiovisual o las aplicaciones que permiten la comunicación a través de videollamada y a las que tanto se está recurriendo con motivo de las restricciones derivadas de la actual pandemia por coronavirus.

Aunque, en apariencia, prestaciones como las mencionadas se reciben de manera gratuita debido a que para su disfrute no es requerida una contraprestación dineraria, el modelo de negocio de muchas de las empresas suministradoras de contenidos y servicios digitales en Internet no se basa en exclusiva en los denominados «*two-side markets*» —en los que terceras empresas se publicitan en las plataformas web de los suministradores y así éstos obtienen beneficio económico—, sino que de manera complementaria o exclusiva, según los casos, los suministradores obtienen beneficio económico del tratamiento de los datos personales de los usuarios.



II. El tratamiento de datos personales como prestación contractual

El reconocimiento del tratamiento de los datos personales como prestación contractual parece una obviedad si nos fijamos en la función económica que desempeñan los datos personales en el tráfico económico, aunque no es menos cierto que en el ámbito normativo se observa cierta resistencia a llevar a cabo dicho reconocimiento.

En este sentido, a pesar de que el art. 3.1 de la *Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* — «Directiva 2019/770» en adelante— reconoce la relación entre suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de los datos personales del usuario, en su Considerando Vigésimocuarto se afirma que «(...) los datos personales no pueden considerarse una mercancía, (...)», dado el rango de derecho fundamental que ostenta la protección de datos personales.

Sin embargo, de forma sintética puede sostenerse que, según lo dispuesto por el art. 1271 CC y sin que exista un mandato expreso que inste la prohibición de comerciar con los datos personales de los usuarios¹, entiendo que los datos personales pueden ser considerados mercancía sin implicar una violación de un derecho fundamental y, por tanto, su tratamiento puede considerarse prestación contractual siempre que se respeten los límites dispuestos en la normativa de protección en el tratamiento de los datos personales².

III. Las normas de protección en el tratamiento de datos personales y el Derecho de contratos

La normativa de protección en el tratamiento de los datos personales repercute más allá del ámbito de la protección de este derecho fundamental, apreciándose la influencia de dichas normas en las relaciones contractuales entre suministradores de contenidos y servicios digitales y usuarios.

Esta afirmación se sustenta en las consecuencias jurídicas que derivan de la interpretación de los art. 7.4 RGPD y 6.3 LOPDPGDD. Por su parte, el art. 7.4 RGPD establece que, para determinar la validez del consentimiento prestado por el usuario para el tratamiento de sus datos personales, se valorará si la ejecución de un contrato se supedita al consentimiento de dicho tratamiento. A lo cual, ha de sumarse lo previsto por el art. 6.3 LOPDPGDD, conforme al cual «[n]o podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de



¹Sobre la interpretación del art. 1271 CC, vid., J. R. GARCÍA VICENTE, «Artículo 1271», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código de Civil*, Tomo VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9139; R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1271», en A. CAÑIZARES LASO / P. DE PABLO CONTRERAS / F. J. ORDUÑA MORENO / R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 644; L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 249; J. RAMS ALBESA, «Artículos 1.271 y 1.272», en M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 448-449.

² Vid., M.I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 4, julio-agosto 2020, pp. 99 y ss.

los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual».

En mi opinión, las mencionadas finalidades relativas al «mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual» del art. 6.3 LOPDPGDD deben interpretarse en el sentido de que exclusivamente podrá condicionarse la ejecución del contrato a la prestación del consentimiento del usuario para el tratamiento de sus datos personales cuando dicho tratamiento sea estrictamente necesario para el cumplimiento de la prestación por parte del suministrador del contenido o servicio digital³. Sin que sea aceptable, por tanto, que el suministrador incluya una cláusula contractual por la que se estipule la necesaria aceptación del tratamiento de los datos personales del usuario con ánimo de lucro y de este modo entender que dicho tratamiento entra en la esfera de la ejecución del contrato⁴.

IV. Gratuidad de los contenidos y servicios digitales

En el contexto de los contenidos y servicios digitales supuestamente gratuitos, pero cuyo suministro puede llevar aparejado el tratamiento de los datos personales del usuario, a la luz de lo establecido por los apartados 2 y 3 del art. 6 LOPDPGDD, se puede llegar a la conclusión de que la decisión sobre la onerosidad o gratuidad del suministro de los contenidos y servicios digitales puede recaer en exclusiva en el usuario. Las condiciones necesarias para que se produzca esta situación se pueden resumir del siguiente modo:

- Celebración de un contrato por el que el usuario no queda obligado a la realización de una contraprestación dineraria a cambio de los contenidos o servicios digitales o cualquier otra modalidad de contraprestación distinta del tratamiento de sus datos personales con fines lucrativos
- El suministrador, en el supuesto antes descrito, propone al usuario el tratamiento de sus datos personales para distintos fines, entre los que se incluye el tratamiento con fines lucrativos



- Dado que el usuario ha de prestar su consentimiento para cada una de las distintas finalidades del tratamiento de sus datos personales pretendidas por el suministrador del contenido o servicio digital, el usuario decide rechazar todas aquellas que sean distintas a las estrictamente necesarias para la ejecución del contrato
- De tal manera que, si la única contraprestación posible prevista por el suministrador del contenido o servicio digital se refería al tratamiento de los datos personales del usuario con fines lucrativos, en caso de que éste rechace tal posibilidad, el contenido o servicio digital terminaría siendo *verdaderamente* gratuito para el usuario

³M. I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, *Op. Cit.*, pp. 110 y ss.

⁴Vid., GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, 10 de abril de 2018, pp. 8 y 9.

V. El consentimiento contractual de los usuarios de contenidos y servicios digitales en Internet

El consentimiento contractual consiste en el acuerdo de voluntades de dos o más personas respecto del objeto y la causa de un contrato por el que quedarán vinculadas. Para la validez del consentimiento contractual, como es sabido, es necesaria la concurrencia del conocimiento y la libertad⁵. En este sentido, el deber de información tiene por finalidad la salvaguarda de ambos elementos —

conocimiento y libertad—, puesto que la libertad de contratar requiere previamente que en el proceso de formación de voluntad de la persona ésta hubiese contado con la información veraz y suficiente sobre el contrato que, en su caso, vaya a ser celebrado.

Pues bien, en lo que aquí nos interesa, he de señalar que el nivel de desinformación de los usuarios de Internet al disfrutar de contenidos y servicios digitales es absolutamente abrumador respecto de cuestiones de muy diversa naturaleza. La formación de la voluntad contractual del usuario en la contratación de contenidos y servicios digitales en Internet se ve afectada por la falta de información en lo que concierne, por ejemplo, a:

- 1) la propia falta de conciencia acerca de la celebración de un contrato para el disfrute de contenidos y servicios digitales;
- 2) el desconocimiento sobre la relación entre la prestación de un contenido o servicio digital a cambio del consentimiento para el tratamiento de los datos personales;
- 3) absoluta ignorancia en lo que respecta al valor económico de los datos personales;
- 4) desconocimiento sobre el hecho de que el adherente-usuario de contenidos y servicios digitales en determinados supuestos tiene la facultad de decidir unilateralmente acerca de la gratuidad u onerosidad del contenido o servicio digital;



5) cuestiones de índole técnica que repercuten en el acceso a los datos personales del usuario como la configuración de privacidad y seguridad de los motores de búsqueda o sobre las implicaciones derivadas de la instalación de *cookies* en el dispositivo desde el que se accede al contenido o servicio digital.

Navegar por Internet, acceder a diversos contenidos y servicios digitales son actividades que, por lo general, se llevan cabo a diario y de manera continua —incluso, a veces, de manera compulsiva—. De esta forma, a la desinformación señalada deben añadirse otros límites a la capacidad de decisión del usuario de carácter práctico —y para nada casuales—, como el hecho de que cada vez que se accede a una página web se solicita el consentimiento del usuario para el tratamiento de los datos personales, teniendo en cuenta los hábitos de navegación por Internet, basta con que una sola vez el usuario consienta la instalación de

⁵ Entre otros, vid., J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 637.

cookies en su dispositivo permitiendo la recopilación de sus datos de diversa naturaleza.

Consecuentemente, atendiendo al grado de desinformación de los usuarios de contenidos y servicios digitales en Internet, cuya causa sea atribuible a los propios suministradores de estos contenidos y servicios digitales, es preciso preguntarse sobre la validez de estos contratos que se celebran masivamente a diario. En este sentido, dada la posibilidad de considerar que nos hallaríamos ante una especie de declaración de voluntad tácita, conviene recordar que la desinformación a la que me refiero alcanza a la conciencia del propio acto de celebración de un contrato y, ni qué decir tiene la ausencia de toda referencia a la vinculación entre el tratamiento de los datos personales a su posible función de prestación contractual.

En definitiva, el tratamiento de los datos personales no es una cuestión que se circunscriba a la esfera de la privacidad de las personas, sino que nos hallamos ante un *bien* con un evidente valor económico y cuyo tratamiento parece llevarse a cabo ajeno a las normas más básicas y elementales del Derecho de contratos.