

TEMAS

Tratado de Derecho digital

Coordinadores

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Juan Carlos Hernández Peña

■ LA LEY

TEMAS

■ LA LEY

Tratado de Derecho digital

Coordinadores

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Juan Carlos Hernández Peña

© De los autores, 2021

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Noviembre 2021

Depósito Legal: M-29525-2021

ISBN versión impresa: 978-84-18662-22-5

ISBN versión electrónica: 978-84-18662-23-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

medida, en atención a los específicos requerimientos de dicho particular (cfr. art. 103.b TRLGDCU).

¹¹¹³⁶ El derecho de desistimiento cobra especial relevancia en los contratos celebrados a través de medios electrónicos, habida cuenta de que el conocimiento que el particular tiene de las características del producto se realiza principalmente a través de elementos audiovisuales, como fotografías o vídeos. Aunque estos elementos deben ser acordes con la naturaleza del objeto ofertado, ello no obsta para que el consumidor encuentre que, finalmente, lo adquirido no satisface sus necesidades. Esta es la situación fáctica que precede precisamente al ejercicio del derecho de desistimiento en el marco de los contratos celebrados a distancia (cfr. STJUE 23 enero 2019, *Walbusch Walter Busch*, C-430/17, LA LEY 264/2019).

4.3. *El derecho a la garantía legal de conformidad*

¹¹¹³⁷ Toda vez que el estudio de esta cuestión es abordado con detalle en el capítulo que sigue (véase 11227-11249), valga anticipar aquí que el derecho a la garantía legal de conformidad es configurado por el ordenamiento jurídico (ex arts. 115-116 TRLGDCU) en orden a salvaguardar las expectativas del consumidor. Este sujeto debe recibir unos bienes, servicios o contenidos digitales idénticos a los que indicó el empresario en el contrato, que a su vez deben responder a las características —*lato sensu* entendidas— que legítimamente hubiera podido esperar el consumidor.

Ad.ex., estará asistido por la garantía legal de conformidad el consumidor que recibe el televisor inteligente que ha comprado sin la concreta aplicación de vídeo que se anunciaba en la publicidad —ausencia de conformidad subjetiva—. El particular gozará igualmente de este derecho si el televisor le fuese entregado con un mando a distancia incompatible con el mismo —falta de conformidad objetiva—.

III. COMERCIO ELECTRÓNICO. CONTENIDOS DIGITALES

Verónica SAN JULIÁN PUIG

1. **Introducción**

¹¹²⁰⁰ La UE dentro de su estrategia de Mercado Único Digital centrada en el desarrollo del comercio electrónico transfronterizo, busca generar un marco normativo armonizado que, por un lado, dote a los consumidores de mayores garantías y protección; y, por otro, promueva la competitividad entre las empresas, reduciendo costes. En este contexto, se han adoptado dos Directivas (la Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y la Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo, relativa a deter-

minados aspectos de los contratos de compraventa de bienes) que han sido traspuestas a nuestro ordenamiento por medio del RDL 7/2021, de 27 de abril.

¹¹²⁰¹ En este capítulo se abordarán los principales ejes que estas dos Directivas han establecido para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes muebles. Por la temática de este Tratado, se hace especial mención en el apartado siguiente a la compraventa de bienes muebles con elemento digital que es un supuesto específico recogido dentro de la Directiva de compraventa de bienes muebles, sabiendo que, en su trasposición a nuestro ordenamiento, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, regula de forma conjunta todo lo relativo a la entrega de bienes y suministro de contenidos y servicios digitales, sin hacer más distinciones en el caso de los bienes. Lo cual no es de extrañar pues las principales cuestiones que abordaban esas dos Directivas eran esencialmente las mismas aunque con un ámbito de aplicación objetivo distinto.

¹¹²⁰² Por último, reseñar que, si bien esta regulación afecta a consumidores y usuarios, la mayor parte de los actores implicados la aplican a todos los servicios que ofrecen, sean para consumidores o para empresarios.

2. Contratación de bienes y servicios digitales

2.1. *El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*

¹¹²⁰³ En el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar por ellos un precio, o facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario. No se está en el ámbito de aplicación de esta regulación cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados por el empresario exclusivamente con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales contratados o para permitirle cumplir con los requisitos legales a los que está sujeto, no tratando el empresario esos datos para ningún otro fin (art. 59.4 TRLGDCU).

A. Objeto del contrato

¹¹²⁰⁴ El empresario se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales, de modo que el objeto de este tipo de contratos, el elemento que lo caracteriza y distingue, son esos contenidos y servicios digitales.

¹¹²⁰⁵ Se entiende por *contenidos digitales*: los «datos producidos y suministrados en formato digital» [art. 59 bis.1.d) TRLGDCU]. Incluyendo los programas informáticos, las aplicaciones móviles, los archivos de vídeo y audio en formato digital, etc. Las reglas para este contrato se aplican también al propio soporte material en el que son suministrados los contenidos digitales, como DVDs, CDs, memorias USB o tar-

jetas de memoria, siempre que sirvan exclusivamente como portadores de los contenidos digitales (art. 114.1 TRLGDCU).

¹¹²⁰⁶ Se entiende por *servicio digital*: «un servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o 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» [art. 59 bis.1.o) TRLGDCU]. Los servicios digitales incluyen, por ejemplo, servicios de computación en la nube o en redes sociales.

Cuando un único contrato entre un mismo empresario y consumidor incluya el suministro de otros servicios o bienes además del suministro de contenidos o servicios digitales, la regulación establecida en la Directiva 2019/770 y traspuesta en el TRLGDCU solo será de aplicación a los elementos del contrato relativos a los contenidos o servicios digitales.

¹¹²⁰⁷ Por otro lado, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta regulación, entre otros, los contratos relacionados con: el acceso a Internet; servicio de comunicaciones interpersonales (como los SMS), con la salvedad de las independientes de la numeración; asistencia sanitaria; servicios de juego; servicios financieros; programas (*software*) ofrecidos bajo una licencia libre y de código abierto (cuando no se pague ningún precio y los datos facilitados por el consumidor solo se usen para mejorar el programa —*software*— concreto); contenidos digitales que forman parte de una actuación o acontecimiento, como una proyección cinematográfica digital; y contenidos digitales suministrados por organismos del sector público de conformidad con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre (art. 114.2 TRLGDCU).

B. El precio

¹¹²⁰⁸ El precio es un elemento esencial en un contrato oneroso, siendo el correspondiente de la prestación. Cuando lo que se contrata es un bien o un servicio en el mercado digital, se produce el intercambio de contenidos o servicios digitales a cambio de un precio que, según el art. 2.7 Directiva 2019/770, puede ser en dinero o representación digital de valor. Este último incluye desde los vales o cupones electrónicos, hasta las monedas virtuales o criptomonedas «en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional» (cdo.23 de la Directiva 2019/770. Sobre las criptomonedas véase 11434-11437). En nuestro caso, el TRLGDCU ha prescindido de incluir esta referencia en su texto modificado.

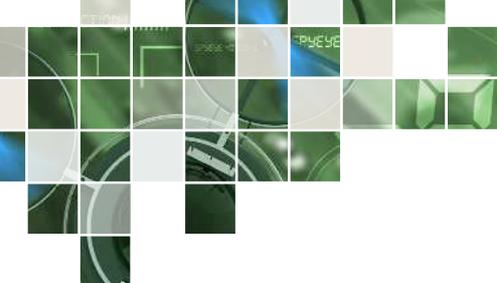
¹¹²⁰⁹ Por otro lado, en la práctica diaria del comercio electrónico cada vez es más frecuente que dicho suministro se consiga a cambio de los datos de carácter personal del contratante, de ahí que, tanto el art. 3 Directiva 2019/770 como el art. 59.4 TRLGDCU, incluyan dentro de estos contratos aquellos en los que el consumidor proporcione datos personales y con ello consiga alcanzar bienes o servicios digitales. Convirtiéndose de este modo los datos personales en una «contraprestación»

similar al dinero. La onerosidad de la transacción estriba en los datos personales a los que el empresario tiene acceso y, a través de esos datos recabados, el empresario-proveedor —y las empresas terceras con las que está conectado—, conocen al usuario, su perfil como cliente, sus gustos y preferencias y, además, pueden contactar con él en cualquier momento.

Como ya ha quedado dicho, no estamos en este supuesto cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto del contrato o para permitirle cumplir los requisitos legales a los que está sujeto, de modo que no trate esos datos para ningún otro fin. Al excluir este uso, se da a entender que en los demás casos, el tratamiento de datos significa una «ganancia» o «beneficio» para el empresario, de modo que es entonces cuando el uso de esos datos se convierte en contraprestación o remuneración a través de la cual se consiguen los bienes y servicios digitales. En *Spotify*, por ejemplo, para la reproducción de música vía *streaming*, en «gratuito», se recopilan datos de los consumidores de esta multiplataforma sobre sus gustos y preferencias.

¹¹²¹⁰ La Directiva 2019/770 ha querido evitar que los datos personales se conviertan en una mercancía y así lo dice expresamente en su Considerando 24. Pero al incluirse en el contexto de los modelos de negocio regulados por esta nueva normativa los contratos en los que los contenidos o servicios digitales se suministran cuando el consumidor no paga un precio por ellos, sino que facilita sus datos personales al empresario, ya se está introduciendo indirectamente la admisión de los datos personales como contraprestación. Y esta contradicción se repite en la regulación española. El legislador español afirma en el apartado IX de la Exposición de Motivos del RDL 7/2021 de trasposición a nuestro ordenamiento, que los datos no son mercancía, pero después en el articulado de trasposición se le ha deslizado la afirmación contraria. En el art. 119.ter.2 TRLGDCU se establece que la resolución de este contrato no procederá «cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado *datos personales como contraprestación*, correspondiendo la carga de la prueba al empresario».

¹¹²¹¹ Aunque la inclusión de este tipo de contratos en el contexto de la nueva normativa se haya hecho con la mejor de las intenciones, como es el ánimo de garantizar que también estos consumidores tengan derecho a las medidas correctoras contractuales previstas, no ha sido acertado hacerlo así ya que, como se ha visto, ha dado lugar a que se afirme sin paliativos que los datos personales son contraprestación contractual, lo cual tiene unas consecuencias y repercusiones de gran calado. Es cierto que de este modo se ha recogido lo que en la realidad ya se estaba dando, pero ello no quita para que sea necesario poner de relieve el peligro que supone considerar los datos personales como medio de pago, siendo como son un material altamente delicado, que goza de la protección de un derecho fundamental, como el mismo cdo. 24 reconoce (sobre la protección de datos personales véanse



Este ***Tratado de Derecho digital*** pretende ser una exposición sistemática y pedagógica del conjunto de problemas que plantea el tratamiento de los «datos digitales». La realidad social, económica y, por supuesto, jurídica, es actualmente «digito-dependiente», porque una buena parte de las relaciones sociales se realizan transmitiendo «datos digitalizados» por medios de comunicación digitales. Lo que surgió como un estudio jurídico de los problemas que generaba el comercio electrónico en la sociedad de la información, ha devenido una competición por la obtención de datos, su tratamiento, y el diseño de productos y procesos con base en las preferencias de los clientes.

Para dar coherencia a esta exposición se propone una ordenación de la materia partiendo de la institución de los «datos digitales» y de su tratamiento. Esto permite entender mejor las ideas clave de la regulación, ya existente o proyectada, en muy diversas áreas: datos y derechos digitales, protección de datos personales, tratamiento de datos mediante *big data* e inteligencia artificial, ética digital, operadores en la sociedad digital, nuevas tecnologías disruptivas, o digitalización de actividades y procesos (como los procesos judiciales o las relaciones laborales), con especial referencia a la influencia en el área financiera (criptoactivos y nuevas formas de pago y financiación), y a la incidencia en materia de competencia y de propiedad intelectual e industrial.

