

ENTRE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL Y LOS
DATOS PERSONALES: NUEVOS DILEMAS DE LA
DIGITALIZACIÓN

*BETWEEN CONTRACTUAL TERMINATION AND PERSONAL
DATA: NEW DILEMMAS OF DIGITALIZATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp.124-167

Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan los desafíos que presenta la resolución contractual en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales cuando la contraprestación consiste en la cesión de uso de los datos personales del consumidor. En especial, se abordan las distintas dificultades que se pueden plantear en la interacción entre la normativa de consumo y la normativa de protección de datos personales cuando se termina el contrato.

PALABRAS CLAVE: Resolución contractual; datos personales; contenidos y servicios digitales; consumidores y usuarios; Directiva 2019/770; TRLGDCU; RGPD.

ABSTRACT: *This paper analyses the challenges presented by contractual termination in the contract for the supply of digital content and digital services when the consideration consists of the transfer of the use of the consumer's personal data. In particular, it addresses the various difficulties that may arise in the interaction between consumer law and personal data protection law when the contract is terminated.*

KEY WORDS: *Contractual termination; personal data; digital content and digital services; consumers and users; Directive 2019/770; TRLGDCU; GDPR.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE SUMINISTRO.- 1. La regla general.- 2. Algunas excepciones a la regla general.- A) *El empresario rechaza o declara que no va a entregar o suministrar los contenidos o servicios digitales.*- B) *La esencialidad del plazo de entrega o suministro.*- III. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD.- 1. La resolución como medida subsidiaria.- 2. La resolución como medida directa.- IV. LOS DATOS PERSONALES ANTE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.- 1. Cuando los datos personales quiebran la regla de la "escasa importancia".- 2. ¿Es posible la resolución parcial cuando la contraprestación consiste en datos personales?.- 3. ¿Qué ocurre con los datos personales del usuario tras la resolución del contrato?.- V. SUPUESTOS EN QUE LA RESOLUCIÓN PUEDE SER EJERCITADA POR PARTE DEL EMPRESARIO.- 1. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales por parte del consumidor.- 2. La facilitación de datos personales falsos por parte del consumidor.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El desarrollo de las nuevas tecnologías y el internet avanza muy rápidamente y, como puede observarse, ha transformado nuestra sociedad en todos sus ámbitos, desde la vida cotidiana de cualquier persona, hasta la economía en todos sus sectores. Prueba de ello, es el incremento del mercado de suministro de contenidos y servicios digitales, así como del mercado de bienes que los incorporan o están interconectados con ellos. Es evidente el aumento del consumo de contenidos y servicios digitales por parte de las personas consumidoras, no solo en ámbitos como el entretenimiento, sino también en los ámbitos de la educación, la comunicación o el comercio. Sin embargo, en ocasiones, los consumidores y usuarios experimentan problemas relacionados con la calidad y el acceso a los contenidos y servicios digitales.

Por todo ello, tanto en la Directiva 2019/770 (en adelante, DCSD)¹ como en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU)² se han establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los contenidos y servicios digitales para ser conformes con el contrato. De esta forma, los contenidos y servicios digitales serán conformes con el contrato, cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación, siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente (art. 115 TRLGDCU). Por el contrario, si los contenidos o servicios digitales no son conformes con dichos requisitos, el empresario habrá incumplido.

1 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 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>).

2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>).

• Álvaro Bueno Biot

Profesor Ayudante Dr. de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctor Internacional en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, donde se graduó y obtuvo la titulación del Máster de Acceso a la Abogacía y del Máster en Derecho de la Empresa. Correo electrónico: alvaro.bueno@uv.es.

Esa falta de conformidad provoca el surgimiento de una serie de medidas correctoras a favor del consumidor, que son la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. Por su parte, el remedio de la resolución contractual también puede surgir en aquellos casos en los que el empresario directamente no suministra el contenido o servicio digital al consumidor o usuario. En tal sentido, podemos comprobar como el remedio de la resolución contractual es una medida omnipresente en este tipo de contratos, pero que, no obstante, se constituye normalmente como un remedio subsidiario, aunque conviene advertir que dicha jerarquización, dependiendo de las circunstancias, puede verse modulada.

Al hilo de lo anterior, también es relevante tener presente que cada vez es más habitual que la contraprestación no consista en el pago de un precio en dinero, sino en la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor. Esta dinámica plantea serios desafíos cuando surge la necesidad de resolver el contrato. A diferencia de los acuerdos basados en transacciones económicas, la cesión de datos genera cuestiones complejas: ¿qué sucede con los datos personales una vez que se extingue el contrato? ¿Debe el proveedor eliminarlos, devolverlos o puede seguir utilizándolos bajo ciertas condiciones? Estas preguntas no solo afectan a los derechos de privacidad y autodeterminación informativa de los usuarios, sino que también exigen un equilibrio entre la normativa de consumo y la normativa de protección de datos.

II. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE SUMINISTRO.

El remedio de la resolución contractual del que puede hacer uso el consumidor tras el incumplimiento de suministro del contenido o servicio digital por parte del empresario se regula en los arts. 13 DCSD³ y 66 bis TRLGDCU. Sin embargo, la resolución contractual se constituye, generalmente, como un remedio subsidiario y, sólo excepcionalmente, aparece como un remedio primario.

3 Conviene precisar que el art. 13 de la versión inglesa de la DCSD hace referencia a “Remedy for the failure to supply”, por lo que la traducción a la versión oficial española “Medidas correctoras por incumplimiento de suministro” no es del todo exacta. En realidad, debería haberse traducido como “Medidas correctoras por falta de suministro”, pues el hecho de que se haya traducido como “incumplimiento de suministro”, como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: “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*, núm. 3, 2016, p. 49, podría dar lugar al equívoco de incluir en dicho incumplimiento -conforme a nuestra tradición jurídica- no sólo lo que es el incumplimiento total (falta absoluta de suministro) sino también el cumplimiento defectuoso como, por ejemplo, la falta de conformidad en la cantidad que, pese a ser también un “incumplimiento”, en la DCSD se considera como un cumplimiento no conforme ex arts. 7 y 8 DCSD que cuenta con sus propias reglas *ad hoc*. Por su parte, más acertada ha sido la versión italiana de la DCSD cuyo título del art. 13 hace referencia a “Rimedio per la mancata di fornitura”, o la francesa que se refiere a “Recours pour défaut de fourniture”.

I. La regla general.

En el caso de que los contenidos digitales se suministren a través de un soporte material, si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor o usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias (art. 66 bis.2 TRLGDCU)⁴. De esta forma, no se le permite al consumidor resolver directamente, sino que debe conceder un plazo adicional para que el empresario cumpla, salvo que el plazo de entrega tuviera carácter esencial en cuyo caso sí podría resolver directamente⁵. Se trata de un plazo adicional cuyo establecimiento obedece al principio de conservación de los contratos⁶. No obstante, la obligación del consumidor de otorgar al empresario un plazo adicional para que cumpla es una carga para el mismo, pues dicha obligación se constituye como un requisito previo a la resolución del contrato⁷. Ahora bien, no es una conducta que imperativamente deba observar el comprador; quien puede seguir esperando el cumplimiento mientras su acción no prescriba⁸. Sin embargo, es criticable esta solución, ya que el hecho de que se obligue al consumidor a conceder un plazo adicional al empresario para que cumpla beneficia, precisamente, a quien incumple, esto es, al empresario, el cual, tras su incumplimiento, aún va a tener la oportunidad de cumplir porque el consumidor, obligatoriamente, le va a tener que conceder dicho plazo⁹. Por tanto, hubiera sido más adecuado que, tras el incumplimiento del empresario en la entrega, el consumidor tuviese directamente derecho a resolver el contrato.

Por otro lado, si los contenidos o servicios digitales no se suministran en soporte material, sino en formato digital, ante el incumplimiento de la obligación de suministro por parte del empresario, el art. 66 bis.2, párrafo 2º TRLGDCU señala que “el consumidor o usuario podrá solicitar que le sean suministrados los

4 FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 228, señala que la solicitud del consumidor no requiere ninguna forma particular, por lo que podrá hacerse a través de un simple correo electrónico o, incluso, de forma verbal.

5 Art. 66 bis. 3, letra b) TRLGDCU.

6 FUENTESECA DEGENEFTE, C.: “Artículo 18. Entrega”, en AA.VV.: *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (dir. por S. DÍAZ ALABART), Reus, Madrid, 2014, p. 445.

7 En este mismo sentido lo expresa el Cdo. 52 Directiva 2011/83, el cual señala que el consumidor “antes de poder resolver el contrato, debe emplazar al comerciante a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tener derecho a resolver el contrato si el comerciante no ha hecho entrega de los bienes tampoco en dicho plazo adicional”.

8 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, p. 42.

9 En consecuencia, como muy acertadamente señala LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 920, el empresario no va a tener ningún aliciente para cumplir en ese primer plazo, pues podría demorar la entrega y seguir incumpliendo porque el consumidor no podrá resolver en tanto que no le conceda el plazo adicional.

contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes¹⁰. Como se puede apreciar, en tales casos, el empresario debe actuar sin demora indebida o dentro de un plazo adicional acordado expresamente por las partes. No obstante, considerando que los contenidos o servicios digitales se suministran en formato digital, el suministro no debe requerir, en la mayor parte de las situaciones, ningún plazo adicional para poner los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor¹¹. Ello supone que en estos casos donde el empresario debe suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida, lo haga de forma inmediata¹². De cualquier modo, el consumidor no tendrá derecho a resolver directamente el contrato, sino que tendrá que requerir previamente al empresario para que los suministre sin demora indebida o, en su caso, tendrá que acordar con el mismo un periodo de tiempo adicional para el cumplimiento del suministro.

Una vez que ha transcurrido el plazo adicional concedido por el consumidor (para los contenidos o servicios digitales en soporte material) o el que hayan pactado expresamente las partes (para los contenidos o servicios digitales en formato digital), el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato (art. 66 bis.2, párrafo 2º TRLGDCU)¹³. En este sentido, la resolución se configura como remedio subsidiario, pues no funciona desde un primer momento, sino que hay que esperar antes de proceder a ella¹⁴. Es decir, el consumidor no puede hacer uso de la resolución cuando se produzca el primer incumplimiento en la entrega o suministro, sino que tendrá derecho a resolver sólo cuando, transcurrido el plazo de tiempo adicional, no se cumpla con la entrega o suministro del contenido o servicio digital.

10 Al respecto, MARTÍN LÓPEZ, R.: *La protección del consumidor adquirente de contenidos y servicios digitales al amparo de la Directiva (UE) 2019/770*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2022, pp. 238-239, critica el hecho de que la norma no establezca el *modus operandi* que debe seguir el consumidor para pedir al empresario que proceda al suministro. Señala el autor que lo más razonable sería que la comunicación se realizara del mismo modo en que se hubiera llevado a cabo la contratación, aunque eso no supone una garantía para el consumidor. Por ello, el autor propone establecer un procedimiento que permita al consumidor notificar la solicitud de suministro desde la propia plataforma, aplicación o página web del empresario con un simple clic en el que se haga constar, por ejemplo, la referencia del pedido y la solicitud de suministro o, incluso, desde el propio correo electrónico de confirmación facilitar un enlace que permita realizar la solicitud.

11 Cdo. 61 DCSD.

12 *Vid.*, en un sentido similar, FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 229, quien considera correcto que el empresario no disponga de demasiado tiempo para el segundo intento de suministro, más aún si se tiene en cuenta que el empresario ya se había comprometido a suministrar el contenido o servicio digital en una fecha determinada, por lo que no podrá alegar la necesidad de un tiempo adicional para el cumplimiento de su obligación.

13 Esta resolución configurada en el art. 66 bis TRLGDCU es una resolución distinta a la establecida en el art. 119 ter TRLGDCU. Mientras que en la primera el consumidor no dispone del contenido o servicio digital porque el empresario no se lo ha entregado o suministrado, en la segunda el consumidor o usuario ya tiene el contenido o servicio digital, pero se ha producido alguno de los supuestos del art. 119 o 119 ter.2 TRLGDCU.

14 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU”, cit., pp. 922-923.

Así pues, cuando se cumpla el plazo de tiempo adicional sin haberse producido la entrega o suministro del contenido o servicio digital, el consumidor tiene varias posibilidades. 1) En primer lugar, puede seguir esperando a que el empresario cumpla con su obligación de entrega o suministro, siempre y cuando no prescriba su acción¹⁵; 2) en segundo lugar, cabe la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación; y 3) en tercer lugar, podrá solicitar la resolución del contrato. Como, acertadamente se ha señalado¹⁶, para optar por la resolución no es necesario que el incumplimiento sea importante, sino que cabe resolver incluso aunque un nuevo plazo pueda seguir satisfaciendo los intereses del consumidor, pero, en cualquier caso, sí que será necesario que haya transcurrido el plazo de tiempo adicional, ya que ante el inicial incumplimiento del vendedor, el consumidor no dispone directamente del remedio de la resolución¹⁷.

Sin embargo, también se ha propuesto por la doctrina¹⁸ que la concesión de un plazo de tiempo adicional pueda ser, en sí mismo, de tipo resolutorio, condicionado este efecto al transcurso del plazo, sin necesidad de renovar la manifestación de resolución; igual que ocurre con el clásico requerimiento resolutorio del art. 1.504 CC. Por el contrario, hay quien está en desacuerdo con dicha interpretación¹⁹, ya que, entonces, de nada habría servido que el legislador hubiera incluido el art. 66 bis. 2 TRLGDCU, si hubiera querido que la resolución operara automáticamente desde el mismo momento del incumplimiento de la obligación de entrega. Sin embargo, consideramos que, tanto una como otra opción no son excluyentes, sino complementarias. Así, la regla general será que, si el empresario no ha cumplido con su obligación de entrega o suministro transcurrido el plazo de tiempo adicional concedido por el consumidor o acordado por las partes, el consumidor pueda optar por ejercitar la resolución, pero, nada impide que el consumidor pueda establecer que la concesión del tiempo adicional sea de carácter resolutorio, de manera que, transcurrido el cual, si el empresario no ha cumplido con su obligación, se produzca automáticamente la resolución.

2. Algunas excepciones a la regla general.

Como hemos visto, el art. 66 bis. 2 TRLGDCU, ante el incumplimiento de la obligación de entrega o suministro por parte del empresario, obliga al consumidor, con carácter previo a la resolución, a conceder un plazo de tiempo adicional al empresario para que cumpla con la entrega o pactar un plazo de tiempo con el

15 Vid., en este sentido, LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis", cit., p. 923 y CARRASCO PERERA, Á.: "Comentarios a la Ley 3/2014", cit., p. 42.

16 LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU", cit., p. 923

17 FENOY PICÓN, N.: "La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *Anuario de Derecho civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 768-769.

18 CARRASCO PERERA, Á.: "Comentarios a la Ley 3/2014", cit., p. 42.

19 LÓPEZ MAZA, S.: "Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU", cit., p. 923.

mismo para que cumpla con su obligación de suministrar el contenido o servicio digital. Sin embargo, esta regla cuenta con varias excepciones. Al respecto, el art. 66 bis. 3 TRLGDCU -cuyo origen, en parte, se encuentra en el art. 13.2 DCSD²⁰ señala que “No obstante lo anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato en el momento en el que se dé alguna de las siguientes situaciones”, las cuales se analizan seguidamente.

A) El empresario rechaza o declara que no va a entregar o suministrar los contenidos o servicios digitales.

Esta primera excepción se contiene en el art. 66 bis. 3, letra a) TRLGDCU, en el cual se establece que “El empresario haya rechazado entregar los bienes o haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales”. En esta situación lo que ocurre es que el empresario directamente manifiesta que no entregará o suministrará los contenidos o servicios digitales. Por tanto, no es que el incumplimiento sea esencial, sino que el empresario se niega a cumplir con su obligación manifestando claramente su intención²¹.

De esta forma, la negativa del empresario a cumplir puede manifestarse expresamente de dos formas: 1) que el empresario, durante el primer periodo de cumplimiento o en el plazo de tiempo adicional, así lo declare, sin necesidad de haber sido requerido por el consumidor; o 2) que el empresario, ante el requerimiento del consumidor, rechace cumplir con su obligación. Así, el rechazo del empresario deberá ser expreso y claro²², por lo que, si el consumidor le requiere la entrega o suministro, el silencio de aquel no hay que entenderlo como un rechazo²³. Ahora bien, será muy poco probable que el empresario advierta que no lo va a suministrar; más bien, dirá que no lo va a entregar inmediatamente porque existe algún fallo técnico u otra causa de disculpa²⁴. Sin embargo, habrá supuestos en los que no será necesario que el empresario rechace o declare expresamente que no va a entregar o suministrar los contenidos o servicios

20 El art. 66 bis. 3 TRLGDCU, cuyo contenido se encontraba anteriormente regulado en el antiguo art. 66 bis. 2 TRLGDCU, fue modificado por el art. 16.5 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, para adaptarlo a las nuevas exigencias establecidas por el art. 13.2 DCSD.

21 SILLERO CROVETTO, B.: “Art. 66 bis. Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material”, en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo I) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 996.

22 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis”, cit., p. 929.

23 En un sentido similar se pronuncia FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 231, quien expresa que es necesario que el empresario declare o que sea igualmente claro que no suministrará el contenido o servicio digital, no siendo suficiente que el empresario se limite a declarar que cabe la posibilidad de que no pueda suministrar el contenido o servicio digital.

24 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Contratación en el entorno digital* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^o.C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 226.

digitales, sino que, de las circunstancias del caso, se infiera o deduzca claramente que el empresario no los suministrará.

B) *La esencialidad del plazo de entrega o suministro.*

El art. 66 bis. 3, letra b) TRLGDCU señala que el consumidor también tendrá derecho a resolver directamente el contrato cuando “Las partes hayan acordado o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, que para el consumidor o usuario es esencial que la entrega o el suministro se produzca en una fecha determinada o anterior a esta. En el supuesto de tratarse de bienes, dicho acuerdo deberá haberse producido antes de la celebración del contrato”. Por tanto, para que se dé esta consecuencia jurídica, el plazo de entrega o suministro deberá ser esencial. El término esencial del plazo no admite un cumplimiento tardío y, en principio, no admite una ejecución diferida²⁵. Sin embargo, del tenor literal del precepto, la esencialidad del plazo se puede inferir, a su vez, de dos situaciones:

Por un lado, cuando las partes hayan acordado expresamente que la entrega o suministro deba realizarse en una fecha determinada o antes de una fecha determinada²⁶. En este caso, no basta con que el consumidor establezca una fecha para el cumplimiento, sino que será necesario que indique expresamente que la misma es esencial y que verdaderamente así sea²⁷. Por tanto, es necesario que el empresario tenga conocimiento de que la entrega es esencial hacerla un día en concreto o antes de una determinada fecha, para lo cual, el consumidor deberá hacérselo saber de forma expresa cuando ello no se pueda deducir de las circunstancias. Ahora bien, se ha matizado²⁸ que el hecho de que las partes asignen al plazo de cumplimiento el calificativo de “esencial”, no significa, sin más, que exista un término esencial, sino que se requiere, además, que el plazo sea realmente importante para la vida del contrato, esto es, que sea necesario que el incumplimiento del plazo frustre por completo el interés del acreedor²⁹. Por tanto, para interpretar si realmente el término “esencial” opera como tal, será necesario analizar las previsiones estipuladas en el contrato, así como la importancia que

25 INFANTE RUIZ, F. J.: *Contrato y término esencial*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 28.

26 Al respecto, como acertadamente ha observado ARROYO AMAYUELAS, E.: “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, p. 20, el art. 66 bis. 3, letra b) TRLGDCU *in fine* da a entender que un acuerdo posterior sobre el carácter esencial del momento de cumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales sí que es posible, a diferencia de lo que ocurre con los bienes de consumo.

27 LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis”, cit., p. 930.

28 MARIN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 1125”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VI) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8277.

29 *Vid.*, en un sentido similar, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 225, quien defiende que para entender que se ha pactado un término esencial no basta con que se señale un tiempo determinado de cumplimiento, o, al menos, no es decisivo, si no va acompañado de otras “circunstancias”.

tiene para el consumidor el cumplimiento del mismo, es decir, hasta qué punto el incumplimiento del plazo frustra su interés. Sin embargo, consideramos que si en el contrato se prevé expresamente la resolución como el efecto principal del incumplimiento del plazo establecido como esencial, no tiene sentido entrar a valorar la frustración del interés del consumidor; pues las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, han querido prever, para el caso en cuestión, la facultad de resolución.

Por otro lado, el carácter esencial del plazo de entrega o suministro de los contenidos o servicios digitales puede que no se derive de su inclusión expresa en el contrato, sino que se infiera de las circunstancias que concurran en la celebración del mismo. Ello puede ocurrir porque la prestación deviene física o jurídicamente imposible (término esencial absoluto) o porque el cumplimiento tardío, aun siendo posible, no satisface en nada el interés del acreedor (término esencial relativo)³⁰. Para determinar si la esencialidad del plazo se puede inferir de las circunstancias del contrato, habrá que valorar, una vez se ha incumplido, si la naturaleza y características del contenido o servicio digital permiten concluir, junto a las circunstancias del contrato, que el plazo de cumplimiento revestía carácter esencial. Para ello será relevante, entre otras circunstancias, valorar principalmente que el consumidor no tenía interés en el cumplimiento más allá de este plazo, cuyo transcurso habrá frustrado las expectativas legítimas puestas en el contrato³¹.

III. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD.

Las medidas correctoras por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales se regulan en los arts. 14 a 18 DCSD y, como consecuencia de la transposición conjunta de ambas Directivas de consumo (DCSD y DCVB), se ha dedicado a la regulación de tales medidas el Capítulo II del Título IV del Libro II del TRLGDCU, bajo la rúbrica “Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario”, en concreto, los arts. 117 a 119 *quater* TRLGDCU.

Estas medidas correctoras a las que se refieren los arts. 14.1 DCSD y 117.1 TRLGDCU son la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato. *Prima facie*, pudiera pensarse que dichos remedios se sitúan en pie de igualdad, ya que la norma no hace referencia a ningún tipo de subordinación entre ellos. El único matiz que cabría señalar es que el art. 117.1 TRLGDCU añade la posibilidad de que “En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede”³². Sin

30 MARIN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al art. 1125”, cit., p. 1276.

31 CARRASCO PERERA, Á.: “Comentarios a la Ley 3/2014”, cit., p. 43.

32 En cambio, la DCSD no prevé tal posibilidad, cuya regulación, al amparo del art. 3.10 en relación con el Cdo. 76 DCSD, se deja en manos de los Estados miembros. Para el análisis de la indemnización por daños y perjuicios ante una falta de conformidad *vid.* BUENO BIOT, Á.: “La indemnización por daños y perjuicios

embargo, de una lectura de los apartados 4 y 6 del art. 14 DCSD y los arts. 118 y 119 ter. 2 TRLGDCU, se deduce claramente que la reducción del precio y la resolución del contrato se configuran como medidas correctoras subsidiarias de la puesta en conformidad. Por tanto, se establece una jerarquización de acciones³³, donde la puesta en conformidad se constituye como la primera opción, de forma preferente a la reducción proporcional del precio y a la resolución del contrato, ambas situadas en el mismo plano, pero como la segunda opción a la que puede recurrir el consumidor. Sin embargo, como más adelante se analizará, la DCSD y, por ende, el TRLGDCU matizan ese orden jerárquico, que no tiene carácter absoluto, y que admite excepciones en las que se permite que el consumidor pueda acudir directamente a los remedios subsidiarios, ya sea por las características de la falta de conformidad, por el tipo de contraprestación o porque la situación permite que el empresario imponga al consumidor tener que elegir entre alguna de estas opciones.

Esta jerarquización de remedios responde a la clara intención del legislador europeo de conservar el contrato siempre que ello sea posible³⁴ y, en definitiva, a la seguridad de las transacciones³⁵. Sin embargo, no se trata de la opción que más favorece a la protección de los intereses del consumidor³⁶. Una opción alternativa que hubiera garantizado de mejor forma los derechos e intereses del consumidor podría haber consistido en dejar a su libre elección optar por la medida más adecuada a sus intereses, pudiendo, incluso, acudir directamente a la resolución

derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023, pp. 1436-1477.

- 33 De esta forma, la DCSD se aparta de la solución que ofrecía el art. 106 CESL que permitía al consumidor optar entre la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato, salvo que en este último caso la falta de conformidad fuera insignificante. Sobre esta ausencia de jerarquía hay opiniones dispares en la doctrina. A favor, *vid.*, en este sentido, BECH SERRAT, J.M.: “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 39; y MANKO, R.: “Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive, In depth analysis”, *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, Bruselas, 2016, pp. 27-28. En contra, *vid.*, SCHULTE-NÖLKE, H.: “El derecho de consumo en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa”, en AA.VV.: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), ThomsonReuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 68-69; y MAK, V.: “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Bruselas, 2016, p. 24, entre otros.
- 34 CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 188; y MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 118 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1727 y BECH SERRAT, J.M.: “Reparar y sustituir cosas”, *cit.*, p. 38.
- 35 MARCO MOLINA, J.: “La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, 2022, p. 2325.
- 36 CÁMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, *cit.*, p. 52.

contractual sin necesidad de reclamar previamente la puesta en conformidad³⁷, ya que de esta forma al consumidor se le hubiera dotado de un robusto instrumento de negociación que hubiera potenciado los estándares de calidad y una más activa competencia entre empresas³⁸.

I. La resolución como medida subsidiaria.

El art. 119 TRLGDCU³⁹ establece seis supuestos en los que el consumidor tendrá derecho a ejercitar la reducción del precio o la resolución del contrato⁴⁰. Se trata de seis supuestos alternativos y no cumulativos, de forma que será suficiente que se dé alguno de ellos para que surja el derecho del consumidor a ejercitar la reducción del precio o la resolución del contrato. Sin embargo, algunos de estos supuestos presuponen previamente el ejercicio de la puesta en conformidad, por lo que la resolución del contrato queda relegada como medida correctora subsidiaria. Estos supuestos son los siguientes:

a) El primer supuesto radica en que la medida correctora consistente en poner en conformidad los contenidos o servicios digitales resulta imposible o desproporcionada.

Este supuesto, contemplado en el art. 119, letra a) TRLGDCU⁴¹, parte de la base de que la puesta en conformidad resulta imposible o desproporcionada. En estas circunstancias, carecería de sentido que el consumidor debiese dar otra

37 Sin embargo, esto no significa que, tal y como se ha configurado el sistema de remedios en la DCSD, ello sea perjudicial para el consumidor, sino más bien lo que se ha pretendido ha sido establecer un marco jurídico que tutele los intereses del consumidor, pero también los intereses del empresario. Así, con el fin de que no se vean perjudicados los intereses del empresario, se ha optado por esta jerarquía de remedios que, en cierta forma, favorece la conservación de la operación comercial efectuada. En tal sentido, la Comisión Europea ha afirmado que si los consumidores pudieran optar directamente por la resolución de los contratos se incrementaría considerablemente el gasto para las empresas. Afirmación con la que IZQUIERDO GRAU, G.: "Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020, p. 1595, no está del todo de acuerdo, ya que, en ocasiones, el remedio primario puede resultar igual o más costoso. Sin embargo, no hay que olvidar que la DCSD no sólo pretende mejorar el acceso de los consumidores a los contenidos y servicios digitales, sino también facilitar que las empresas puedan suministrarlos con el fin de contribuir a impulsar la economía digital de la Unión y a estimular el crecimiento general (Cdo. 1 DCSD). De esta forma, no se trata únicamente de proteger al consumidor a cualquier precio, sino que el objetivo es lograr un equilibrio adecuado entre alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores y promover la competitividad de las empresas (Cdo. 2 DCSD).

38 CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 55.

39 La rúbrica del precepto "Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato" induce a confusión, puesto que en el mismo no se establece propiamente el régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato -que lo encontramos en los arts. 119 bis y 119 ter TRLGDCU-, sino que tan solo se establecen los supuestos que originan el derecho a entablar estos remedios subsidiarios o secundarios.

40 Cfr. 14.4 DCSD donde se establecen cinco supuestos, es decir, uno menos que en el art. 119 TRLGDCU. La razón estriba en que el apartado b) del art. 119 TRLGDCU es fruto de la transposición de la DCVB referida a los bienes de consumo. Dicho apartado b) del art. 119 TRLGDCU se refiere a las reglas establecidas en los apartados 5 y 6 del art. 118 TRLGDCU, entre las cuales, el art. 118.5 TRLGDCU podría aplicarse analógicamente cuando los contenidos o servicios digitales suministrados en soporte material deban ser sustituidos, por lo que, aunque el apartado b) del art. 119 TRLGDCU no sea fruto de la transposición de la DCSD, también puede resultar de interés su análisis.

41 *Id.*, en el mismo sentido, 14.4, letra a) DCSD. Cfr. 13.4, letra a) *in fine* DCVB.

oportunidad al empresario para la puesta en conformidad, sino que la solución más recomendable para el mismo debería ser la de solicitar la reducción inmediata (y proporcionada) del precio o la resolución del contrato⁴². Ello se debe a que, dadas las circunstancias, es el propio empresario quien se niega a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad porque las circunstancias hacen que ello sea inviable por imposibilidad fáctica o jurídica o por su excesiva onerosidad. Por tanto, en este caso, será el suministrador el que informe al cliente de que puede optar entonces entre estos dos remedios⁴³, ya que el propio empresario es el que, a través de una declaración de voluntad, ha de poner de manifiesto que el remedio de la puesta en conformidad es imposible o desproporcionado, debiendo informar al consumidor de las únicas dos opciones viables que le quedan.

b) El segundo supuesto consiste en que el empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes o no la haya realizado de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 118 o no lo haya hecho en un plazo razonable siempre que el consumidor o usuario hubiese solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato.

Se trata de un supuesto regulado en el art. 119, letra b) TRLGDCU que, en principio, está diseñado para los bienes de consumo y no para los contenidos o servicios digitales⁴⁴. No obstante, si bien es cierto que los contenidos o servicios digitales, en la mayoría de los casos, se suministran en formato digital, también puede ocurrir que se suministren en soporte material (CD, DVD, USB, etc.) y, en consecuencia, que el soporte material (v.gr. la copia del CD), ante una falta de conformidad, deba ser sustituido. Por ello, consideramos que el art. 118.5 TRLGDCU que establece las reglas de la reparación o sustitución de un bien, también puede ser de aplicación a los contenidos o servicios digitales. En consecuencia, si se da esta hipótesis, el art. 119, letra b) TRLGDCU podría servirnos como presupuesto para conceder al consumidor la posibilidad de pedir la reducción del precio o la resolución del contrato ante una puesta en conformidad de un contenido o

42 LETE ACHIRICA, J.: "Artículo 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato", en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1738. En un sentido similar, se pronuncia GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Comentario al artículo 1124", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VI) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8227, quien señala que la resolución es, conforme a la buena fe, el remedio oportuno cuando no sea razonable pretender el cumplimiento forzoso porque los costes de su obtención serían demasiado gravosos o desproporcionados para el deudor.

43 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021, p. 67. Sin embargo, existe debate en la doctrina sobre si se trata de supuestos en los que el consumidor puede elegir entre la reducción del precio o la resolución del contrato -sin perjuicio, de acogerse a la puesta en conformidad- o si, por el contrario, necesariamente tendrá que acogerse a los remedios subsidiarios, ya que la puesta en conformidad no es una opción, pues deviene imposible o desproporcionada. A favor de la primera postura, *vid.*, IZQUIERDO GRAU, G.: "Análisis de los remedios", *cit.*, p. 1613. A favor de la segunda, *vid.* CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, *cit.*, p. 233.

44 La incorporación de este apartado b) del art. 119 TRLGDCU tiene su origen en el art. 13.4, letra a) DCVB.

servicio digital suministrado en soporte material que no se ajuste a los términos previstos en el art. 118.5 TRLGDCU.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en la práctica, si se da este supuesto, ello implica que el empresario ha decidido poner el bien en conformidad. Cuestión distinta es que no la haya realizado ajustándose a las reglas previstas en el art. 118.5 TRLGDCU, esto es, recuperar el bien sustituido a sus expensas y de la forma que menos inconvenientes genere al consumidor; pero, si se ha llevado a cabo, no parece lógico que el consumidor pueda exigir la resolución del contrato; tiene más sentido que el consumidor pueda reclamar del empresario el importe de esos gastos, siquiera sea en forma de reducción del precio pactado.

c) El tercer supuesto estriba en que el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con las reglas recogidas en el apartado 4 del artículo 118.

Este supuesto está regulado en el art. 119, letra c) TRLGDCU⁴⁵. Se trata de un supuesto que se refiere a la forma en la que debe realizarse la puesta en conformidad, de manera que si esta no se lleva a cabo de forma gratuita, en un plazo de tiempo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste tendrá derecho a pedir la reducción del precio o la resolución del contrato. Por tanto, cuando el empresario no resuelva la falta de conformidad en los términos previstos en el art. 118.4 TRLGDCU, el consumidor podrá acudir a los remedios subsidiarios.

No obstante, tal como se ha puesto de manifiesto⁴⁶, siempre van a existir supuestos problemáticos en lo relativo a la interpretación de estos requisitos, pues es inevitable que, de alguna forma u otra, siempre surja algún inconveniente para el consumidor durante la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. Por tanto, para determinar si es o no posible acudir a la resolución, habría que plantearse si el inconveniente para el consumidor tiene o no un efecto prolongado y, en consecuencia, si afecta a la confianza que tenga el consumidor con el empresario.

Podría plantearse aquí el supuesto en que el empresario no pusiera los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo de tiempo razonable⁴⁷. Entonces surge la cuestión de cuándo el consumidor puede entablar la acción de

45 Este precepto tiene su origen en el art. 14.4, letra b) DCSD puesto en relación con el art. 14.3 DCSD.

46 GSELL, B.: "Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 259.

47 Esta falta de cumplimiento en un plazo de tiempo razonable es lo que el Tribunal Supremo ha considerado en algunas ocasiones como "frustración del fin del contrato". *Vid.*, entre otras, SSTS 4 septiembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4607); o 10 noviembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7977).

reducción del precio o resolución del contrato. Una parte de la doctrina⁴⁸ expresa que no parece exigible mantener al consumidor en una espera indefinida, por lo que, transcurrido un periodo de tiempo razonable sin obtener respuesta ni satisfacción alguna, debe quedarle expedita la vía de la reducción del precio o de la resolución del contrato. En cambio, otra parte de la doctrina⁴⁹ defiende que para que exista incumplimiento por parte del empresario debe existir previamente un acuerdo entre las partes para remediar la falta de conformidad. A nuestro juicio, es más acertada la primera de las posturas, puesto que la ley no dice nada sobre pacto alguno, sino que se limita a señalar que el empresario deberá llevar a cabo la puesta en conformidad en un plazo de tiempo razonable a partir del momento en el que haya sido informado por el consumidor. Por tanto, desde nuestro punto de vista, no parece exigible la aceptación del empresario ni un previo acuerdo entre las partes, aunque, no obstante, en algunos casos, la mera inacción del empresario que adopta una actitud pasiva podría servir como presupuesto reconducible al art. 119, letra f) TRLGDCU.

d) El cuarto supuesto consiste en la aparición de cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad.

Este supuesto está regulado en el art. 119, letra d) TRLGDCU, cuyo origen se encuentra en el art. 14.4, letra c) DCSD. Se trata de la facultad que se otorga al consumidor de optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato tras el intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad⁵⁰. Sin embargo, entre uno y otro precepto se aprecia una notable diferencia. Mientras que el legislador español hace referencia a “cualquier falta de conformidad”, el legislador europeo previó lo siguiente: “subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad”⁵¹. Es decir, la redacción dada por el TRLGDCU es más amplia que la dada por la DCSD. Así, el TRLGDCU permite que se trate de “cualquier falta de conformidad”, aunque sea distinta de la que dio origen a la puesta en conformidad, mientras que la DCSD establece que debe ser la misma, es decir, que “subsista” la falta de conformidad que se ha pretendido reparar; de manera que si aparece otra distinta deberá exigirse de nuevo la puesta en

48 CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., pp. 231-232.

49 IZQUIERDO GRAU, G.: “Análisis de los remedios”, cit., p. 1612.

50 GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 260, señala que conceder un solo intento al empresario puede considerarse una imposición muy estricta para el mismo. Igualmente, LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119”, cit., p. 1740, advierte que “se trata de una disposición bastante estricta para el empresario, ya que solo le concede una única oportunidad para poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios digitales. Por tanto, deberá actuar con especial diligencia si desea evitar el ejercicio por el consumidor de la reducción del precio o de la resolución del contrato”.

51 *Vid.*, en el mismo sentido, FERRER GUARDIOLA, J.A.: “Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021, p. 201.

conformidad. No obstante, como acertadamente se ha señalado por la doctrina⁵², parece ser que se trata de un error en la traducción de la DCSD al español, pues en su versión en inglés dice expresamente “*a lack of conformity appears despite the trader’s attempt to bring the digital content or digital service into conformity*”, donde tampoco se requiere que sea el mismo defecto. Por tanto, podemos interpretar que en aquellos casos en los que apareciese de nuevo una falta de conformidad, el legislador europeo quiso conceder al consumidor la reducción del precio o la resolución del contrato, y ello con independencia de que fuera la misma u otra distinta.

Por su parte, el TRLGDCU no deja lugar a dudas, de forma que, manifestada la primera falta de conformidad y subsanada por el empresario, si aparece otra distinta a la primera, será suficiente para otorgar al consumidor la posibilidad de optar por la reducción del precio o la resolución del contrato⁵³. Con ello se impide que el consumidor tenga que verse constreñido a sucesivos intentos de puesta en conformidad, permitiéndole que pueda hacer uso de los remedios subsidiarios cuando ya ha solicitado una primera vez la puesta en conformidad del contenido o servicio digital.

2. La resolución como medida directa.

A diferencia de los supuestos que acabamos de analizar donde la resolución aparece como una medida subsidiaria, el art. 119 TRLGDCU también contempla dos supuestos en los que el remedio de la resolución contractual puede utilizarse de forma directa, es decir, sin tener que solicitar previamente la puesta en conformidad. Estos dos supuestos son los siguientes:

a) Cuando la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique directamente la resolución del contrato.

Se trata del supuesto regulado en el art. 119, letra e) TRLGDCU, en el cual se justifica el ejercicio directo de la reducción del precio o la resolución del contrato debido a la gravedad de la falta de conformidad. En estos casos, ocurre que, dada la grave naturaleza de la falta de conformidad, es posible que el consumidor no pueda mantener la confianza en la capacidad del empresario de poner el contenido o servicio digital en conformidad⁵⁴. De la misma manera ocurre cuando la gravedad

52 SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 68.

53 En este mismo sentido lo entiende ÁLVAREZ MORENO, M.T.: “Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales”, en A.A.VV.: *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. por L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022, p. 143. Por su parte, en contra de esta interpretación se posiciona GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 233, quien defiende que el empresario tendrá la facultad de arreglar el nuevo defecto.

54 A este respecto, GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 261, señala que un caso de pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del empresario para resolver la falta de

de la falta de conformidad desnaturaliza el uso que pueda hacer el consumidor del contenido o servicio digital y no quepa esperar que el consumidor confíe en que la puesta en conformidad resolverá el problema. El Cdo. 65 DCSD establece, por ejemplo, que el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (*software*) antivirus que esté infectado con un virus, ya que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave.

La configuración de los remedios secundarios como primera opción en estos casos es un acierto del legislador europeo en un doble sentido. Por un lado, porque de esta forma se corrige la diferencia de trato entre las ventas de consumo y el Derecho general de obligaciones y contratos, en el que la resolución ya está disponible como remedio directo ante incumplimientos graves en el programa prestacional⁵⁵; y, por otro lado, porque aumenta la protección del consumidor ante la presencia de los defectos más graves, los cuales pueden desvirtuar el uso para el que estaban destinados los contenidos o servicios digitales e, incluso, hacer que el consumidor pierda la confianza en el proveedor y ya no sea de su interés adquirir ningún producto suyo.

El problema consiste en determinar cuándo la falta de conformidad reviste ese carácter grave que se requiere para justificar directamente la reducción del precio o la resolución del contrato. En realidad, se trata de una cuestión que no parece admitir soluciones generales y absolutas, sino que más bien parece depender de valoraciones específicas de cada caso concreto y, por tanto, de criterios relativos⁵⁶. Por tanto, la gravedad de la falta de conformidad queda relegada a lo que las partes acuerden conforme a su criterio y, en defecto de acuerdo entre ellas, será el juez quién deba decidir al respecto. En este sentido, para valorar la importancia del defecto, el juez deberá tener en cuenta tanto los criterios subjetivos como objetivos. En consecuencia, no solo deberá valorar aquello que resulte del contenido contractual, sino también las cualidades y las características de funcionamiento que normalmente presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que los consumidores pueden razonablemente esperar dada la naturaleza de los contenidos y servicios digitales.

conformidad podría darse, respecto de los contenidos o servicios digitales, cuando el empresario hubiera ocultado de forma deliberada el defecto concreto al consumidor aun a sabiendas del riesgo que la existencia de dicho defecto pudiera provocar daños en el contenido o servicio digital.

- 55 SÁNCHEZ LERÍA, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., p. 68. *Vid.*, en el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 55, quien critica que, si se mantuviera esa prelación de remedios ante incumplimientos graves, ello contrastaría con el Derecho general de obligaciones y contratos de muchos Estados miembros (incluida España).
- 56 Esta es la opinión de CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 226, en relación con el art. 13.4, letra c) DCVB, el cual está, junto al art. 14.4, letra d) DCSD, en el origen del art. 119, letra e) TRLGDCU y que, por tanto, es perfectamente trasladable para la valoración de la gravedad del defecto de los contenidos y servicios digitales.

Por su parte, este art. 119, letra e) TRLGDCU hay que interpretarlo conjuntamente con el art. 119 ter. 2 TRLGDCU, el cual señala que “La resolución 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”⁵⁷. De esta interpretación conjunta o sistemática, se pueden extraer tres consideraciones:

i) En primer lugar, si la falta de conformidad es de escasa importancia, la opción por la resolución solo tendrá lugar cuando la contraprestación consista en el consentimiento para el tratamiento de datos personales, y no cuando se pague un precio en dinero, en cuyo caso se requiere que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Por tanto, la libertad de elección entre ambos remedios subsidiarios no es absoluta, sino que únicamente tendrá lugar cuando se pague un precio en dinero y la falta de conformidad no sea de escasa importancia.

ii) En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, podemos plantearnos lo siguiente: si el art. 119 ter. 2 TRLGDCU señala que la resolución no procede en los casos en que la falta de conformidad sea de “escasa importancia”, cabe preguntarse, *a sensu contrario*, si la resolución podría ejercitarse en todos aquellos casos en los que la falta de conformidad no sea de “escasa importancia”. Al respecto, pueden sostenerse dos tesis: 1) por un lado, considerar levedad -o escasa importancia- y gravedad⁵⁸ como dos antónimos absolutos que cubren toda la escala de importancia de los defectos, de forma que estos solo pueden calificarse de uno u otro modo, por entender que lo que no es leve es grave y viceversa⁵⁹. En este caso, deberíamos afirmar que el art. 119 ter. 2 TRLGDCU exige la gravedad de la falta de conformidad⁶⁰; 2) por otro lado, podemos considerar que entre lo leve y lo grave existen todo un conjunto de supuestos intermedios en los que el defecto ni es esencial, ni es tampoco absolutamente despreciable⁶¹. En este supuesto, el campo de aplicación de la resolución se amplía considerablemente respecto al caso anterior donde se exige expresamente la gravedad del defecto, pues aquí la resolución no será posible en aquellos casos en los que la falta de conformidad sea de “escasa importancia”, pero se podrá aplicar en cualquier otro

57 En cambio, en el art. 14.6 DCSD no se utiliza el término de la “escasa importancia”, sino que, en su lugar, se utiliza el término “leve”. Dicho precepto indica que “Cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve (...)”. Sin embargo, no creemos que ello deba generar debate, pues, bajo nuestro punto de vista, pueden considerarse términos equivalentes.

58 Según la RAE, “leve” significa “De poca importancia, venial”, mientras que “grave” significa “Grande, de mucha entidad o importancia”

59 CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 227.

60 En estos casos, como afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Saneamiento por vicios ocultos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 136, el requisito de la gravedad cumpliría la función de negar relevancia a aquellos defectos que no impiden al comprador extraer de la cosa las utilidades que razonablemente esperaba obtener de ella, por lo que carecería de sentido hacer responsable de ellos al vendedor (en nuestro caso, empresario).

61 *Ibidem*, cit., p. 228.

supuesto, incluso aunque no pueda estimarse que el defecto sea grave⁶². Esta segunda interpretación de la norma creemos que es la más adecuada en un doble sentido: en primer lugar, porque es la que más protege consumidor; dado que el conjunto de supuestos en los cuales es posible acudir a la resolución será más amplio; y, en segundo lugar, porque es la interpretación que parece adecuarse mejor a la intención del legislador europeo, de que ninguna falta de conformidad quede excluida de la salvaguardia legal.

iii) Por último, cabe resaltar que, en relación con la carga de la prueba, la norma es favorable al consumidor; pues establece expresamente que corresponde al empresario la carga de probar que la falta de conformidad es de escasa importancia y que, en consecuencia, no procede la resolución. No obstante, se ha afirmado por la doctrina⁶³ que si el empresario alega que el defecto es de “escasa importancia” sobre la base de ciertos hechos que le son evidentes, el consumidor deberá indicar las circunstancias específicas que impiden tal apreciación. Sin embargo, a ello hay que objetar que la circunstancia de que la falta de conformidad sea o no leve no es un hecho, sino una valoración que, en última instancia, corresponde al juez. Y sobre valoraciones no hay prueba, sino alegación y argumentación⁶⁴.

b) Cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario.

En este supuesto, regulado en el art. 119, letra f) TRLGDCU⁶⁵, la intención del legislador es clara: permitir que el consumidor pueda acudir a los remedios subsidiarios cuando se haya constatado que el empresario no llevará a cabo la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales en un plazo de tiempo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor; ya sea porque

62 Esta es la conclusión a la que llegan también CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 228; e IZQUIERDO GRAU, G.: “Análisis de los remedios”, cit., p. 1628. Este último autor afirma que “podría defenderse que cualquier incumplimiento que sea relevante y, por tanto, que frustre el interés del consumidor en el contrato podría dar lugar a la resolución del contrato”. Interpretamos que para el autor “relevante” engloba todo aquello que no sea de “escasa importancia”, siendo el concepto “relevante” más amplio que el término “grave” y que, por tanto, encaja con esta segunda tesis donde la resolución podrá ejercitarse en todos aquellos casos en los que la falta de conformidad no sea de “escasa importancia”. En esta misma línea, SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 69, afirma que, para que el consumidor pueda resolver el contrato directamente, no se requiere que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial y que sea grave. Por su parte, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 235, también defiende que existe un espacio entre grave y leve. Sin embargo, el autor señala que la razón es que, si no lo hubiera, podría acudirse primariamente a la resolución en todo caso en que el incumplimiento no fuera leve, con lo que no tendría efecto la consideración de la resolución como remedio secundario. De forma ilustrativa, el citado autor señala que, remedando el art. 13 CP, podemos decir que hay falta de conformidad grave, menos grave y leve. La grave permite la resolución automática, la menos grave obliga a exigir primero el cumplimiento y la leve no permite la resolución.

63 GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 265.

64 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 237.

65 Vid., en el mismo sentido, 14.4, letra e) DCSD. Cfr. art. 13.4, letra d) DCVB en relación con los bienes de consumo.

el propio empresario así lo haya declarado expresamente o porque así se deduzca de las circunstancias del caso⁶⁶. Se trata de agilizar la satisfacción del derecho del consumidor a través de una medida subsidiaria, sin necesidad de hacerle pasar por un intento previo de saneamiento primario que resultaría frustrante al requerir del consumidor sacrificios inexigibles, habida cuenta de la constatación *ex ante* de que la puesta en conformidad no puede abordarse sin una importante demora o sin ocasionar considerables inconvenientes al consumidor⁶⁷.

Por su parte, el Cdo. 65 DCSD exige que debe estar “claro” que el empresario no va a poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, es decir, que exista un alto grado de probabilidad de que los contenidos o servicios digitales no van a ser puestos en conformidad⁶⁸. Por tanto, parece que esta posibilidad de acudir a los remedios subsidiarios estará reservada únicamente para aquellos supuestos en los que, sin ningún género de duda, no vaya a ser posible la puesta en conformidad en los términos expuestos. En consecuencia, la posibilidad de acudir a la reducción del precio o a la resolución del contrato quedaría vetada cuando aún no haya transcurrido lo que, conforme a la naturaleza y finalidad de los contenidos o servicios digitales y a las circunstancias del caso, se puede considerar un plazo razonable, sin perjuicio de aquellos casos en los que empresario de forma explícita se niega a la puesta en conformidad, en cuyo caso no será necesario esperar a que transcurra el plazo de tiempo razonable.

Sin embargo, este último presupuesto es criticable en el sentido de que el empresario puede rechazar injustificadamente la puesta en conformidad -porque así lo ha declarado de forma expresa-, aun en casos en que fuese razonable, posible, legal y proporcionado poner el contenido digital en conformidad⁶⁹. En este sentido, quedaría al arbitrio del empresario atender o no a la pretensión del consumidor de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad, que se configura como su remedio primario en caso de falta de conformidad⁷⁰. En

66 Hay que tener en cuenta que la imposibilidad de llevar a cabo la puesta en conformidad en un plazo de tiempo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor no tiene por qué ser siempre imputable al empresario. Puede ocurrir que el suministro de un contenido o servicio digital dependa de derechos de terceros, en cuyo caso podría darse la hipótesis de que el tercero retire la licencia de uso al empresario por causa inimputable a este último y, en consecuencia, el consumidor no pueda acceder de ningún modo a los contenidos o servicios digitales.

67 *Vid.*, en este sentido, GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 261; y CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., pp. 236-237.

68 Al respecto, GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 261 señala que, en lo que respecta a la declaración del empresario, será necesario un grado suficiente de seriedad. Y, por tanto, el hecho de que el empresario dude o, incluso, niegue la falta de conformidad en un primer momento cuando se enfrenta a la demanda del consumidor no puede considerarse suficiente, al menos siempre y cuando el empresario se muestre dispuesto a examinar debidamente el asunto más a fondo.

69 CAMARA LAPUENTE, S.: “El régimen de la falta de conformidad”, cit., p. 54.

70 *Ibidem*, p. 54. Sin embargo, el autor plantea la posibilidad de admitir el rechazo frontal e injustificado a subsanar, aunque realizando una interpretación estricta (muy forzada) del inciso: que el empresario no pueda rechazar la subsanación con carácter absoluto, sino solamente resistirse a subsanar en un plazo razonable. Aunque creemos que, al fin y al cabo, esta interpretación no conduce a una solución distinta, ya que el empresario podría alegar una “falsa” demora, lo cual no deja de ser arbitrario y abocaría igualmente

consecuencia, si el proveedor decide arbitrariamente no poner el contenido o servicio digital en conformidad, el TRLGDCU deja a elección del consumidor ex art. 119, letra f) TRLGDCU optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato, pero dado que, para que proceda la resolución, la falta de conformidad no debe ser de escasa importancia, puede darse la situación de que el consumidor se vea obligado a escoger necesariamente el remedio de la reducción del precio y, en consecuencia, se vea constreñido a quedarse el contenido o servicio digital con la rebaja proporcional del precio, lo cual no parece muy acertado.

Por su parte, si el consumidor ha facilitado sus datos personales como contraprestación del contrato, el requisito de la escasa importancia en relación con la falta de conformidad no se aplicará (art. 119 ter. 2 TRLGDCU). En consecuencia, la única opción que le queda al consumidor es la resolución contractual, dado que la rebaja proporcional del precio únicamente es posible cuando la contraprestación del contrato consiste en el pago de un precio en dinero.

De esta forma, lo que parecía ser un abanico de remedios a disposición del consumidor en favor de una mayor protección, se convierte en una situación en la que el consumidor no tiene la posibilidad de elegir entre las distintas opciones que el legislador, *a priori*, le ha querido conceder.

IV. LOS DATOS PERSONALES ANTE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

El régimen jurídico de la resolución del contrato se contiene en el art. 119 ter TRLGDCU⁷¹, en el cual se establece la forma de ejercicio, los supuestos en que procede o no ejecutar la resolución, las obligaciones y derechos, tanto del empresario como del consumidor, y el supuesto en el que la resolución podrá ser ejercitada, no por el consumidor, sino por parte del empresario. Este régimen jurídico de la resolución se aplica tanto a los supuestos de falta de conformidad como aquellos en los que existe un incumplimiento o retraso en la entrega o suministro del contenido o servicio digital.

Por lo que se refiere a los efectos, la resolución implica la extinción de la relación contractual, y provoca dos tipos de efectos: efectos liberatorios (las partes quedan liberadas de sus obligaciones contractuales futuras) y efectos restitutorios (las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones ya

al consumidor a optar entre la reducción del precio o la resolución del contrato. Hay que tener en cuenta que el precepto no dice nada sobre la obligación del empresario de tener que demostrar la causa de la demora y, en consecuencia, lo que parece deducirse del mismo es que una simple declaración sería suficiente.

71 Este precepto tiene su origen en los arts. 15, 16 y 17 DCSD y 17 DCVB. Sin embargo, en lo que respecta al presente trabajo, interesan las reglas que tienen su origen en las disposiciones previstas por la DCSD relativas a los contenidos y servicios digitales.

ejecutadas)⁷². Además, tiene efectos retroactivos, ya que su consecuencia principal es la de destruir los efectos ya producidos⁷³. Sin embargo, como seguidamente se analizará, la diferente naturaleza de las contraprestaciones (precio en dinero o datos personales) obliga al legislador a diferenciar el tratamiento de la restitución. Es por ello por lo que, en el caso del precio, la restitución será *in natura* con efectos *ex tunc*, mientras que en el caso del consentimiento para el tratamiento de datos personales la obligación del proveedor consistirá en un no hacer con efectos *ex nunc*⁷⁴. Es, en este último supuesto, en el que nos vamos a centrar.

I. Cuando los datos personales quiebran la regla de la “escasa importancia”.

El art. 119 ter. 2 TRLGDCU establece que “La resolución 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”⁷⁵. Por tanto, en aquellos casos en que se suministren contenidos o servicios digitales a cambio de un precio en dinero, la resolución no será posible cuando la falta de conformidad sea de “escasa importancia”⁷⁶. En cambio, si la contraprestación del contrato consiste en el consentimiento para el tratamiento de datos personales, no se tendrá en cuenta la gravedad o levedad de la falta de conformidad, sino que, con independencia de su importancia, podrá ejercitarse la resolución del contrato, dado que, en estos casos, el consumidor no dispone de una medida como la reducción del precio y, por tanto, ante una falta de conformidad de “escasa importancia”, no podría hacer uso de ninguno de los remedios subsidiarios.

72 MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Comentario al artículo 121 TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007) (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1769. No obstante, CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*, cit., p. 240, advierte que la mera intención del adquirente de dar por resuelto el contrato no producirá sin más este efecto, ya que habrá de constatar que concurren los presupuestos sobre los que descansa esta acción.

73 LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 ter. La resolución del contrato”, en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1756.

74 SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 72.

75 Esta es la transposición que el legislador español ha hecho del art. 14.6 DCSD, en cuyo precepto se aprecia una ligera diferencia. En lugar de hacer referencia a la expresión “escasa importancia”, se establece que el consumidor podrá resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es “leve”. Sin embargo, se trata de una simple diferencia terminológica que, a efectos prácticos, no debería crear mayores problemas, pues, como ya hemos señalado anteriormente, pueden considerarse términos equivalentes.

76 Como señala LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 ter”, cit., p. 1753, el hecho de que pueda ejercitarse la resolución del contrato solo con el límite de que la falta de conformidad no sea de escasa importancia y, por tanto, sin que sea necesario acreditar que se trate de un incumplimiento grave o relevante por parte del empresario, supone un cambio de paradigma en materia de resolución de obligaciones bilaterales. Al menos en lo que respecta a bienes de consumo y contenidos y servicios digitales. Hay que tener en cuenta que el TRLGDCU se aparta de esta forma del criterio que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico en el marco del art. 1.124 CC. Al respecto, para que prospere la resolución contractual, la jurisprudencia viene a exigir que se trate de un incumplimiento grave, esencial y que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes, o bien genere la frustración del fin del contrato. *Vid.*, en este sentido, SSTS 15 noviembre 1994 (Tol 199260), 20 septiembre 1994 (Tol 1666076), 23 febrero 1995 (Tol 1667269), 23 enero 1996 (Tol 1669434), 14 marzo 2008 (Tol 1294073), 12 abril 2011 (Tol 2092552).

Sin embargo, aquí se plantea la cuestión de qué sucede en aquellos casos en los que el consumidor paga un precio y, además, facilita datos personales como contraprestación del contrato. Ni el articulado de la DCSD ni el TRLGDCU contienen ninguna disposición al respecto. No obstante, el Cdo. 67 DCSD señala que “En los casos en que el consumidor pague un precio y facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a todas las medidas correctoras disponibles en caso de falta de conformidad”. Por tanto, creemos que en este tipo de contratos de contraprestación mixta, la resolución podrá ejercitarse aunque la falta de conformidad sea de “escasa importancia”, pues hay que tener en cuenta que una parte de la contraprestación consiste en la cesión de datos personales, con lo cual, si vetáramos la resolución únicamente a los supuestos en que la falta de conformidad fuera de “escasa importancia”, cuando ello ocurriera, el consumidor vería restringidos sus derechos, pues la única solución viable sería la reducción del precio, pero solo respecto a una parte de la contraprestación (la que se pagó en dinero), pues a la otra parte de la contraprestación, que consistió en la cesión de sus datos personales, no se le podría aplicar la medida de la rebaja proporcional del precio.

2. ¿Es posible la resolución parcial cuando la contraprestación consiste en datos personales?

El art. 119 ter. 5, letra a) párrafo 2º TRLGDCU señala que “en los casos en los que el contrato establezca el suministro de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período de tiempo determinado, y los contenidos o servicios digitales hayan sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato, el empresario reembolsará al consumidor o usuario únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes (...)”⁷⁷.

A estos efectos, el precepto establece un régimen de resolución específico para aquellos casos en los que se hubiera pactado el suministro de un contenido o servicio digital a cambio del pago de un precio en dinero durante un período de tiempo⁷⁸ y, de forma sobrevenida, apareciera una falta de conformidad, de manera que los efectos restitutorios se limitasen al espacio temporal durante el

⁷⁷ Vid., en el mismo sentido, art. 16.1, párrafo 2º DCSD.

⁷⁸ El hecho de que se haga referencia al suministro de un contenido o servicio digital durante un período de tiempo excluye el suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un único acto o en una serie de actos individuales (v.gr. cuando se descarga un libro electrónico y se almacena en un dispositivo personal o cuando se adquiere un videojuego que solo se usa en el dispositivo del consumidor). No obstante, la mayoría de los servicios digitales sí que se suelen suministrar durante un período de tiempo, en cuyo caso sí que quedarían amparados por esta norma. Un ejemplo sería un contrato de almacenamiento en la nube o el acceso al uso de redes sociales.

cual el contenido o servicio digital no fuera conforme⁷⁹. Por ejemplo, cuando tras una actualización apareciera la falta de conformidad, o cuando apareciera una interrupción significativa o recurrente en el suministro del contenido o servicio digital. En estos casos, el consumidor podría reclamar el reembolso del precio pagado, pero únicamente por la parte proporcional correspondiente al periodo durante el cual el contenido o servicio digital fuera defectuoso⁸⁰.

Ahora bien, a pesar de que el precepto exige que una de las condiciones para que se produzca la resolución parcial sea el pago de un precio en dinero, cabe plantearse la cuestión de si este supuesto de resolución parcial sería posible en aquellos casos en los que la contraprestación consiste en la cesión de datos personales. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, dado que no es posible distribuir proporcionalmente una contraprestación no dineraria. Esta solución es coherente con el veto a la reducción del precio en aquellos casos en los que la contraprestación no es dineraria. Es decir, por las mismas razones que en estos casos no cabe la reducción proporcional del precio, tampoco tiene sentido que quepa la posibilidad de una restitución parcial de los datos personales, pues ello resulta, en la práctica, imposible⁸¹, por lo que, a fin de cuentas, la resolución parcial no

79 En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 75, afirma que el principio de conservación del contrato, junto con la consideración del carácter divisible de las prestaciones de este tipo de contratos (v.gr., piénsese en un servicio de suscripción a la visión de películas en *streaming*, que es plenamente conforme durante un tiempo), llevan al legislador a admitir una suerte de resolución *ex nunc*, cuyas consecuencias se producirán desde el momento en que aparece la falta de conformidad.

80 Sin embargo, en algunos casos, puede resultar difícil determinar si la falta de conformidad estaba presente desde el inicio, pero se materializa mucho más tarde. TWIGG-FLESNER, C.: "Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770", en *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 283-284, ofrece un ejemplo muy ilustrativo: Imaginemos un *software* que funcionaba en un sistema operativo común, pero resulta ser incompatible con un sistema operativo diferente a pesar de que el empresario declaró que el *software* sería compatible con cualquiera de los dos sistemas. De esta forma, el consumidor había podido usar el *software* sin dificultad en un sistema durante un periodo de tiempo y solo se dio cuenta de que había una falta de conformidad cuando se transfirió al otro sistema operativo. De esta forma, al existir la falta de conformidad desde el inicio del suministro, no parece que se aplicaría la regla del art. 119 ter. 5, letra a), párrafo 2º TRLGDCU, sino que se le deberían devolver todas las cantidades pagadas conforme al 1º párrafo del mismo precepto. Sin embargo, el autor considera que puede parecer desproporcionado exigir al empresario que reembolse al consumidor todas las sumas pagadas sobre la base de que la falta de conformidad estaba presente desde el principio. En cambio, nosotros no estamos de acuerdo con que ello resulte desproporcionado, pues se trata de una falta de conformidad que, desde luego, estaba ya presente al adquirir el contenido o servicio digital, y cuya característica afectada pudo ser uno de los motivos que impulsaron al consumidor a adquirir el producto. Además, tampoco creemos adecuado que la cantidad a restituir deba depender del momento en el que el consumidor se percate de la falta de conformidad, de forma que si queda debidamente acreditado que la falta de conformidad existe desde el inicio, el consumidor debería tener derecho a reclamar la totalidad del precio pagado. Ahora bien, si el defecto acontece de forma sobrevenida, es decir, que no existe desde el inicio, entonces la cantidad a restituir deberá ser la correspondiente al periodo durante el cual el contenido o servicio digital no fue conforme, ya que, de lo contrario, se estaría atacando a los intereses del empresario que se vería obligado a reembolsar al consumidor la totalidad del precio, de forma que el consumidor habría disfrutado del contenido o servicio digital gratuitamente durante un periodo de tiempo.

81 Quizás una solución alternativa podría ser la posibilidad de admitir en estos casos la resolución parcial, pero condicionado a que el proveedor tenga la obligación de abstenerse de utilizar los datos por él recabados durante el periodo en el que el contenido o servicio digital no fue conforme, no teniendo obligación de abstenerse, en cambio, de usar aquellos datos recabados durante el tiempo en el que se mantuvo la conformidad del contenido o servicio digital. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones, esta solución, en la práctica, no será viable, puesto que muchos de los datos personales que se ceden como contraprestación se recaban al inicio del contrato de suministro, por lo que nos veríamos en la obligación de tener que

resultará factible. Cuestión distinta es el supuesto en el que el consumidor hubiese acordado inicialmente proporcionar datos personales a cambio del contenido o servicio digital, pero, posteriormente, hubiese adquirido características adicionales de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio. En este caso, la doctrina ha considerado⁸² (a nuestro parecer, certeramente), que el consumidor sí podrá ejercitar el derecho de resolución parcial y que, en consecuencia, se le restituirán las cantidades pagadas con posterioridad, y ello con independencia de que no haya pagado un precio por el contenido o servicio digital básico.

3. ¿Qué ocurre con los datos personales del usuario tras la resolución del contrato?

En el caso de la resolución de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, surgen una serie de obligaciones y derechos tanto para el empresario como para el consumidor. Entre las primeras, que aparecen reguladas en el art. 119 ter. 5 TRLGDCU, aparece la restitución del precio, que es uno de los efectos típicos de la resolución de los contratos bilaterales y sinalagmáticos. En este sentido, el art. 119 ter. 5, letra a) TRLGDCU establece que “El empresario reembolsará al consumidor o usuario todos los importes pagados con arreglo al contrato”⁸³. Esta regla está pensada para todos aquellos supuestos en los que la contraprestación consiste en el pago de un precio en dinero⁸⁴. Sin embargo, en muchas ocasiones, los contenidos y servicios digitales se suministran a cambio de datos personales que son cedidos por el consumidor a modo de contraprestación.

En estos casos, cuando el consumidor haya proporcionado sus datos personales como contraprestación del contenido o servicio digital, el art. 119 ter. 5, letra b) TRLGDCU señala que, tras la resolución del contrato, “el empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, así como a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”⁸⁵. Este precepto pretende que el empresario cumpla, tras la resolución del contrato, con

distribuir proporcionalmente estos datos -pues a pesar de que se suministran al principio, se corresponden con todo o parte del contenido o servicio digital suministrado con posterioridad durante un determinado periodo de tiempo-, lo cual, como ya hemos dicho, no es posible.

82 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., pp. 282-283.

83 Este precepto se corresponde con el art. 16.1 DCSD.

84 El TRLGDCU no establece qué debe entenderse por “precio”. Sin embargo, el art. 2.7 DCSD define el “precio” como “el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales”.

85 Vid., en el mismo sentido, art. 16.2 DCSD, el cual señala que el empresario cumplirá, como es lógico, únicamente con las obligaciones establecidas en el RGPD. No obstante, la PropDCSD contenía reglas detalladas sobre las obligaciones del empresario con respecto a todos los tipos de datos -personales y no personales- proporcionados por el consumidor. Sin embargo, en la DCSD se optó finalmente por dejar esa regulación detallada para los datos no personales, ya que el RGPD establece un marco jurídico suficiente para proteger los datos personales del consumidor, por lo que se decidió adoptar una disposición de estas características, es decir, con una remisión total a lo establecido en el RGPD.

las disposiciones del RGPD y la LOPDGDD⁸⁶. De esta forma, si el consumidor proporciona datos personales al proveedor de contenidos o servicios digitales, el empresario deberá cumplir, una vez resuelto el contrato, con las obligaciones del RGPD y la LOPDGDD, y ello con independencia de si, además, se ha pagado o no un precio. Como puede apreciarse, el TRLGDCU -siguiendo el esquema de la DCSD- respeta la política de la normativa de protección de datos y, por tanto, evita interferir en las obligaciones a las cuales se debe atener el empresario tras la resolución del contrato.

El empresario al que un consumidor le proporciona sus datos personales puede ostentar la condición tanto de “responsable del tratamiento” o “responsable”⁸⁷, como de “encargado del tratamiento” o “encargado”⁸⁸. Así, si el empresario simplemente recibe los datos personales y los transfiere a un tercero para su tratamiento, el empresario será el “responsable del tratamiento o “responsable”. No obstante, si el empresario también procesa o trata los datos personales, entonces ostentará la condición de “encargado del tratamiento” o “encargado”⁸⁹. Las obligaciones que debe asumir cada una de estas dos figuras se encuentran en el capítulo IV del RGPD y en el Título V de la LOPDGDD.

Los datos personales deberán ser tratados de acuerdo con los principios de licitud, lealtad y transparencia⁹⁰. Además, solo deben recopilarse para fines determinados, explícitos y legítimos⁹¹; y deberán ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (principio de “minimización de datos”)⁹².

Por su parte, los datos personales solo podrán ser tratados cuando sea lícito hacerlo. El tratamiento deberá, pues, ajustarse a los criterios establecidos en el art.

86 El establecimiento de una política de protección de los datos personales de las personas residentes en la UE encuentra su fundamento jurídico en el art. 8.1 de la CDFUE, así como en el art. 16.1 TFUE. En ambos se garantiza el derecho de toda persona a “la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”.

87 El “responsable del tratamiento” o “responsable” se define en el art. 4.7 RGPD como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

88 El “encargado del tratamiento” o “encargado” se define en el art. 7.8 RGPD como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

89 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 286; y LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 ter”, cit., p. 1760. Para un análisis más exhaustivo sobre quién y en qué casos se considera responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, *vid.*, WENDEHORST, C.: “Personal Data in Data Value Chains-Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?”, en AA.VV.: *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020, pp. 197-199.

90 Art. 5.1, letra a) RGPD.

91 Art. 5.1, letra b) RGPD.

92 Art. 5.1, letra c) RGPD.

6.1 RGPD. Como ha señalado acertadamente la doctrina⁹³, en la mayoría de casos, la base para el tratamiento lícito de los datos personales será el consentimiento del interesado⁹⁴, aunque otros criterios de especial relevancia para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales podrían ser que el tratamiento fuera “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”⁹⁵ y que el tratamiento fuese “necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”⁹⁶. No obstante, si los datos personales proporcionados por el consumidor son tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin, no será de aplicación el Libro II “Contratos y Garantías”⁹⁷, aunque el RGPD continuaría aplicándose a estos datos.

Por último, hay que tener en cuenta que el consumidor tiene derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento y que debe ser tan fácil retirar el consentimiento como darlo. Surge aquí la cuestión de si la declaración por la que el consumidor expresa su intención de resolver el contrato ex art. 119 *ter* TRLGDCU debe considerarse como una manifestación para retirar el consentimiento. A ello, cabe responder afirmativamente, porque los consumidores esperarían que los efectos de la resolución del contrato supusieran poner fin a todos los aspectos de la relación jurídica con el empresario. Por tanto, el ejercicio de la resolución contractual debe tener como efecto la retirada del consentimiento⁹⁸, aunque, como matiza la mejor doctrina⁹⁹, en realidad, los principios vigentes del RGPD llevarían al mismo resultado. Es decir, si los datos ya no fueran necesarios para la finalidad negocial para la que fueron recogidos, en virtud de los principios de limitación del plazo de conservación y minimización (art. 5.1 RGPD) y, dado que el tratamiento ya no sería necesario para la ejecución del contrato [art. 6.1, letra b) RGPD], el empresario debería abstenerse de continuar en el tratamiento.

De esta forma, la resolución obliga al prestador a un no hacer, consistente en dejar de usar todos los datos facilitados por el consumidor, tanto aquellos que fueron necesarios para la ejecución del contrato, como aquellos otros usados por el proveedor para otros fines (como enviar publicidad). Es indiferente la forma en que se hayan obtenido dichos datos y si el consumidor los cedió como

93 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 286.

94 Art. 6.1, letra a) RGPD.

95 Art. 6.1, letra b) RGPD.

96 Art. 6.1, letra c) RGPD.

97 Cfr. art. 3.1, párrafo 2º DCSD.

98 TWIGG-FLESNER, C.: “Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770”, cit., p. 287.

99 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 845.

contraprestación o no (es decir, si además de ceder datos pagó un precio en dinero)¹⁰⁰. En consecuencia, una vez resuelto el contrato, el empresario no podrá continuar en el tratamiento de los datos personales del interesado y, además, deberá garantizar una serie de derechos a favor del consumidor. Estos derechos del consumidor -respecto a sus datos personales- implicados en la resolución contractual son, principalmente, tres: a) el derecho de acceso; b) el derecho de portabilidad; y c) el derecho de supresión o “derecho al olvido”.

a) El derecho de acceso.

El derecho de acceso, regulado en el art. 15 RGPD¹⁰¹, implica que “el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen” y, además, tendrá derecho a acceder a esos datos y a recibir información sobre ocho categorías distintas (fines, categorías de datos, destinatarios, origen de la información, plazo de conservación, etc.)¹⁰², así como el derecho a obtener una copia de los datos personales objeto de tratamiento¹⁰³. El derecho de acceso se entenderá otorgado si el responsable del tratamiento facilita al afectado un sistema de acceso remoto, directo y seguro a los datos personales que garantice, de modo permanente, el acceso a su totalidad. A tales efectos, la comunicación por el responsable al afectado del modo en que este podrá acceder a dicho sistema bastará para tener por atendida la solicitud de ejercicio del derecho (art. 13.2 LOPDGDD). De esta forma, en el ejercicio del derecho de acceso podemos distinguir dos fases: por un lado, el acceso al tratamiento y a los datos que contiene el responsable y, por otro, la entrega de la información prevista en el RGPD.

Se trata de un derecho que está más relacionado con la información, la transparencia y el conocimiento que con la disponibilidad o control de los datos¹⁰⁴. Al fin y al cabo, a través del derecho de acceso se pretende que el interesado conozca y verifique la licitud del tratamiento, para lo cual se le ofrece la posibilidad de obtener una copia de sus datos.

100 SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Mercado digital y protección del consumidor”, cit., p. 72.

101 Cfr. art. 13 LOPDGDD.

102 En tal sentido, SERRANO PÉREZ, M^a.M.: “Derechos de las personas”, en AA.VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (coord. por A. TURNES VILLANUEVA), Dillex, Madrid, 2020, p. 62, advierte que la falta de comunicación sobre alguno de estos elementos que señala el precepto provocaría un ejercicio incompleto del derecho de acceso y, por tanto, ocasionarían una lesión en el derecho mismo y en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

103 Sin embargo, de acuerdo con el art. 13.1, párrafo 2º LOPDGDD “Cuando el responsable trate una gran cantidad de datos relativos al afectado y este ejercite su derecho de acceso sin especificar si se refiere a todos o a una parte de los datos, el responsable podrá solicitarle, antes de facilitar la información, que el afectado especifique los datos o actividades de tratamiento a los que se refiere la solicitud”. No obstante, en opinión de SERRANO PÉREZ, M^a.M.: “Derechos de las personas”, cit., p. 62, cuando el interesado realice tal petición sin especificar los datos sobre los que desea ejercitar el derecho de acceso, el responsable podrá desatender de forma justificada su solicitud.

104 CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos”, cit., p. 843.

b) El derecho de portabilidad.

El derecho a la portabilidad de los datos, regulado en el art. 20 RGPD¹⁰⁵, supone que el interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento¹⁰⁶, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado. Además, este derecho también permite al interesado solicitar que sus datos se transmitan directamente de responsable a responsable, aunque supeditado a la condición de que la transmisión sea técnicamente posible¹⁰⁷. Por ello, los responsables deben crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de los datos¹⁰⁸. Así, se mejora la capacidad de los interesados para trasladar, copiar o transmitir datos personales fácilmente de un entorno informático a otros (ya sea a sus propios sistemas, a los sistemas de terceros de confianza o a los de otros responsables del tratamiento)¹⁰⁹.

Por tanto, el derecho a la portabilidad se puede desgranar, a su vez, en tres derechos: 1) el derecho a recibir los datos personales que le incumban; 2) el derecho a transmitirlos a otro responsable sin que el anterior se lo impida; y 3) el derecho a que se transmitan los datos directamente de responsable a responsable en los casos en que sea técnicamente posible. Con todo ello, se persiguen dos objetivos: por un lado, fortalecer el control de la persona sobre los datos personales que le conciernen; y, de otro lado, mejorar la competencia al facilitar el cambio de un proveedor de servicios a otro¹¹⁰.

Sin embargo, este derecho solo se aplicará cuando el interesado haya facilitado los datos personales dando su consentimiento o cuando el tratamiento sea

105 Cfr. art. 17 LOPDGD. Aunque, en la normativa nacional, el derecho a la portabilidad en el ámbito digital se encuentra regulado específicamente en el art. 95 LOPDGD.

106 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "El derecho a la portabilidad de los datos personales", en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.685-686, señala que la expresión datos que "incumban" al interesado significa también que la portabilidad no podrá pedirse si los datos han sido suministrados por parte de terceros o es información relativa a terceros, salvo que, naturalmente y en este último caso, se cuente con su previo consentimiento o se actúe en representación suya. Por tanto, la portabilidad solo podrá ejercitarse frente a aquél responsable a quien el propio interesado haya proporcionado los datos; y lo que recibirá no será cualquier información que el responsable tenga o gestione sobre su persona, sino solamente los datos "facilitados" por el solicitante.

107 La finalidad de este derecho es reforzar aún más el control de los interesados sobre sus propios datos. Como señala CÁMARA LAPUENTE, S.: "Resolución contractual y destino de los datos", cit., p. 843, se puede concebir como una mera extensión del derecho de acceso o una suerte de versión "premium" de aquél, aunque es evidente que existen claras diferencias entre ambos.

108 En tal sentido, SERRANO PÉREZ, M^a.M.: "Derechos de las personas", cit., p. 75, señala que es obligación de los responsables del tratamiento establecer los mecanismos que aseguren que los datos transmitidos son los que efectivamente el sujeto desea portar, de manera que los medios utilizados por los responsables del tratamiento sean aptos para evitar la comisión de errores.

109 *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, GT29, 13 de diciembre de 2016 (revisada el 5 de abril de 2017), WP 242 rev.01, p. 4.

110 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "El derecho a la portabilidad", cit., p.671.

necesario para la ejecución de un contrato. De ahí que no debe aplicarse cuando el tratamiento tenga una base jurídica distinta del consentimiento o el contrato.

c) El derecho de supresión o “derecho al olvido”.

El derecho de supresión o “derecho al olvido”, regulado en el art. 17 RGPD¹¹¹, implica que el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan. De esta forma, el responsable del tratamiento estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurren determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando los datos personales ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos¹¹²; el interesado retire el consentimiento¹¹³; el interesado se oponga al tratamiento; los datos personales se hayan tratado ilícitamente, etc.). En tal sentido, el derecho al olvido resulta esencial para poder ejercer el control sobre los datos personales del sujeto¹¹⁴. Además, como afirma el Tribunal Constitucional¹¹⁵, el reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y, por tanto, como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales.

Por otro lado, con el fin de reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales¹¹⁶.

Sin embargo, aunque, *a priori*, pueda parecer que para que se produzca la supresión de los datos del interesado es necesaria la solicitud expresa de este, los principios del RGPD pueden llevar al mismo resultado sin necesidad de dicha

111 Cfr. art. 15 LOPDGDD.

112 La justificación de esta circunstancia reside en la falta de conexión entre la finalidad del tratamiento y los datos recabados para dicho tratamiento. Es por ello que, si tras desaparecer la finalidad que justificó el tratamiento de los datos, estos se mantienen, el tratamiento se convertiría en un tratamiento ilegal por pérdida de la finalidad.

113 En el ámbito de los contenidos y servicios digitales, esta circunstancia puede cobrar especial relevancia, en concreto, cuando el interesado retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, en cuyo caso desaparecería la base legítima que lo justifica, esto es, el consentimiento previsto en el art. 6.1, letra a) RGPD.

114 SERRANO PÉREZ, M^a.M.: “Derechos de las personas”, cit., p. 69.

115 STC 58/2018, de 4 de junio de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:58).

116 Cdo. 66 RGPD.

solicitud. Esto se debe a que, si los datos ya no fueran necesarios para los fines negociales para los que fueron recogidos, por aplicación de los principios de limitación y minimización de datos¹¹⁷, el tratamiento ya no sería necesario para la ejecución del contrato [art. 6.1, letra b) RGPD]¹¹⁸.

El derecho a la supresión de los datos es un derecho independiente del derecho a la portabilidad¹¹⁹. Es decir, si el interesado ejercita el derecho a la portabilidad, ello no implica que el responsable deba suprimir los datos una vez los ha trasladado al otro responsable, sino que, si el interesado quiere que los eliminen, deberá solicitar, además de la portabilidad, la supresión de los datos de forma expresa.

También es conveniente tener en cuenta que existen excepciones o límites al ejercicio del derecho de supresión. En este sentido, el responsable del tratamiento no estará obligado a suprimir los datos del interesado cuando se de alguno de los cinco presupuestos establecidos en el art. 17.3 RGPD. Entre ellos, hay dos que pueden ser aplicados con más frecuencia en el supuesto de resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Por un lado, cuando el tratamiento sea necesario “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información” [art. 17.3, letra a) RGPD], lo cual tendrá lugar, por ejemplo, cuando el consumidor revele voluntariamente datos personales a todo el público en redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*) y sobre los que se ha hecho algún tipo de réplica o comentario en ejercicio de la libertad de expresión, o también cuando los medios de comunicación se han hecho eco de ello al amparo de la libertad de información; y, por otro lado, cuando el tratamiento sea necesario para “la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”, lo cual sucederá cuando las partes no estén de acuerdo acerca del incumplimiento de las obligaciones que dieron lugar a la resolución del contrato¹²⁰.

Por último, en relación con el derecho al olvido, existen dos preceptos específicos a nivel nacional que no encontramos en el RGPD. Se trata de los arts. 93 y 94 LOPDGDD¹²¹.

117 *Vid.*, art. 5.1, letra a) y b) RGPD.

118 En esta línea, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos”, cit., p. 845.

119 De hecho, así lo expresa el art. 20.3 RGPD el cual señala que el derecho a la portabilidad de los datos se entiende sin perjuicio del artículo 17 (derecho de supresión). Y, en este mismo sentido, el Cdo. 68 RGPD establece que el derecho a la portabilidad no debe menoscabar el derecho del interesado a obtener la supresión de los datos personales y las limitaciones de ese derecho recogidas en el presente Reglamento, y en particular no debe implicar la supresión de los datos personales concernientes al interesado que este haya facilitado para la ejecución de un contrato, en la medida y durante el tiempo en que los datos personales sean necesarios para la ejecución de dicho contrato.

120 *Vid.*, a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Resolución contractual y destino de los datos”, cit., pp. 853-854; y MORALES BARCELÓ, J.: “El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 59, 2022, RR-6.7.

121 Esta regulación específica de los arts. 93 y 94 LOPDGDD ha sido objeto de crítica por parte de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La regulación del ‘derecho al olvido’ en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDGDD”, en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo

El primero de ellos (art. 93 LOPDGDD) se refiere al derecho al olvido en búsquedas de internet. Se trata del derecho que tiene toda persona a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

El segundo de ellos (art. 94 LOPDGDD) se refiere al derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes. Se trata del derecho que tiene toda persona a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como el derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

V. SUPUESTOS EN QUE LA RESOLUCIÓN PUEDE SER EJERCITADA POR PARTE DEL EMPRESARIO.

La resolución del contrato también puede ser ejercitada por el empresario ante un incumplimiento del consumidor. Al respecto, consideramos que existen dos supuestos en los que el empresario estará facultado para resolver el contrato. El primero de ellos, previsto en el art. 119 *ter.* 7 TRLGDCU, es aquel en el que el consumidor retira su consentimiento al tratamiento de los datos personales cedidos como contraprestación. El segundo supuesto, no previsto expresamente por la ley, se refiere a aquellos casos en los que los datos personales facilitados por el consumidor como contraprestación son falsos. A continuación, se analizan, por separado, ambos supuestos.

Blanch, Valencia, 2020, pp. 393-395. El autor lo critica en un doble sentido: por un lado, señala que cabe dudar de si el legislador español ha acertado al regular el derecho al olvido en búsquedas de Internet en el art. 93 LOPDGDD, ya que los arts. 17 y 21 RGPD abordan esta misma cuestión desde una perspectiva más general dentro de un Reglamento que tiene como objetivo garantizar un nivel de protección uniforme en toda la UE. En consecuencia, cuestiona si un Estado miembro puede establecer un régimen específico para el derecho al olvido en búsquedas de Internet. Y, por otro lado, el autor también discute el hecho de que se haya regulado por separado el derecho a la retirada de enlaces por parte de los buscadores en el art. 93 y el derecho de supresión en el entorno *on-line* para el caso específico de las redes sociales y "servicios equivalentes" en el art. 94 LOPDGDD, dejando sin regulación el otro supuesto paradigmático del "derecho al olvido", que es la supresión de contenidos en páginas o sitios web, que seguirá estando sometido a las reglas generales del art. 17 RGPD.

I. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales por parte del consumidor.

El art. 119 *ter*. 7 TRLGDCU establece una regla en virtud de la cual se faculta al empresario para resolver el contrato si el consumidor retira su consentimiento o se opone al tratamiento de sus datos personales. En este sentido, el precepto señala que “El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo”. Se trata de una norma que no tiene su origen en el texto normativo de la DCSD, sino que su origen lo encontramos en el Cdo. 40 DCSD, en el cual se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de regular las consecuencias del contrato en aquellos casos en que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales¹²².

De esta forma, para que el empresario pueda resolver el contrato se tienen que dar tres presupuestos de forma cumulativa: 1) que el consumidor retire su consentimiento o se oponga al tratamiento de sus datos personales; 2) que el suministro de contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales; y 3) que el contrato se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte¹²³. Por tanto, el supuesto de hecho que se contempla en este apartado 7 del art. 119 *ter* TRLGDCU no se aplicará a los contratos de contenidos o servicios digitales suministrados a cambio de un precio en dinero, sino únicamente a aquellos en que la contraprestación consista en la cesión de uso de datos personales. Además, quedan excluidos aquellos supuestos en los que el contenido o servicio digital se suministra en un único acto; y, por último, el empresario tampoco podrá resolver el contrato en aquellos casos en que el contenido o servicio digital ya esté completamente suministrado.

122 Por tanto, la DCSD no se ha ocupado de establecer un régimen jurídico para el caso de que el consumidor decida retirar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales, sino que se trata de una cuestión que se ha dejado al arbitrio del Derecho nacional. Esta decisión del legislador europeo es criticable en el sentido de que nos vamos a encontrar en este punto con diferentes regulaciones, de forma que, dependiendo del Estado miembro, el nivel de protección del consumidor será distinto. Justo lo contrario al propósito perseguido por la DCSD (*vid.*, Cdos. 3, 6, 7, 8 y 86 DCSD). Por ejemplo, en Italia no se ha introducido ninguna norma específica sobre las consecuencias contractuales de la retirada del consentimiento para el tratamiento de datos personales. En tal caso, como ha señalado, DE FRANCESCO, A.: “Italy”, en AA.VV.: *Harmonizing Digital Contract Law: The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms* (dir. por A. DE FRANCESCO y R. SCHULZE), Nomos-Hart, Oxford (Inglaterra), 2023, p. 394, se aplicarán las normas del Derecho contractual general italiano.

123 En tal sentido, LETE ACHIRICA, J.: “Artículo 119 *ter*”, cit., p. 1768, afirma que se cumple, de esta manera, una exigencia imprescindible en materia de resolución de obligaciones bilaterales, según la cual, el que pretenda ejercitar la resolución, en este caso, el empresario, debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir su obligación. En cambio, la otra parte debe haber incumplido la suya al retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de los datos personales.

Si se dan estos tres presupuestos, se “permitirá que el empresario resuelva el contrato”. Es decir, se trata de una opción que, en estos casos, la ley pone a disposición del empresario, pero de la que este no tiene por qué necesariamente hacer uso¹²⁴. Por lo tanto, la resolución no opera automáticamente, sino que queda al arbitrio del empresario hacer o no uso de ella¹²⁵. En caso de que el empresario decida resolver, se aplicarán las normas que regulan los efectos de la resolución contractual previstas en el art. 119 *ter*. 5 TRLGDCU¹²⁶.

Con carácter general, el tratamiento de datos personales en relación con un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales será lícito si se ajusta a lo establecido por el RGDP. Sin embargo, existe una clara contradicción entre la obligación de ceder los datos personales y la aceptación del tratamiento de los mismos, con el principio de libre revocación del consentimiento establecido en el art. 7.3 RGPD¹²⁷. Este artículo señala que “El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento” y que “Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo”. Por tanto, debemos plantearnos qué ocurre cuando el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es la contraprestación

124 En contra de esta solución, se muestra ARROYO AMAYUELAS, E.: “Entra en vigor el Real Decreto Ley”, cit., p. 9, quien afirma que el equilibrio de intereses justifica que, en estos casos, el empresario deje de continuar ofreciendo los contenidos y servicios digitales, pero la solución correcta no era concederle la facultad de resolver, sino otorgarle un derecho de denuncia, desistimiento o rescisión. La razón reside en que si se permite la resolución, se da a entender que el fundamento de la terminación es el incumplimiento del consumidor, lo cual no es así porque sería incompatible con que este tenga derecho a ejercer libremente el derecho a retirar su consentimiento (Cdo 42 RGPD, art. 4.11, 7.3 y 7.4, 21 RGPD).

125 Sin embargo, como acertadamente afirma MILÀ RAFEL, R.: “Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 440, si el empresario ya ha “monetizado” los datos, no tiene sentido que conserve su facultad de resolver. En un sentido similar, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor”, cit., p. 259, afirma que, una vez los datos personales ya se han “monetizado” por el empresario, éstos estarán en poder de terceros y, por tanto, la resolución no sirve para nada desde el punto de vista restitutorio.

126 En concreto, el empresario cumplirá con las obligaciones aplicables con arreglo al RGPD. Así, deberá abstenerse de utilizar cualquier contenido -distinto de los datos personales- proporcionado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales. Además, deberá poner tales contenidos a disposición del empresario, y podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales. Por su parte, el consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos que haya creado al utilizar los contenidos o servicios digitales y deberá abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y ponerlos a disposición de terceros.

127 En esta situación en la que los datos son la contraprestación del contrato y la revocación del consentimiento al tratamiento de los datos está exenta de todo perjuicio económico, DE FRANCESCO, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 120, advierte que la estabilidad del contrato estará constantemente en juego y puede conllevar el riesgo de un enriquecimiento sin causa para el titular de los datos. En este mismo sentido, AGUILERA RUIZ, L.: “La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *Servicios digitales, condicionales generales y transparencia* (dir. por M.T. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SAINZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 122, ya advertía que la revocación del consentimiento plantea la imposibilidad de continuar en el tratamiento, lo que sí impacta de pleno en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales ya que priva al empresario de la contraprestación pactada y obtenida.

del contrato y el consumidor decide retirarlo¹²⁸. Al respecto, podemos hacer las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, hay que tener en cuenta que se trata de un derecho que la normativa de protección de datos confiere al interesado y que prevalece sobre cualquier disposición de la DCSD y el TRLGDCU¹²⁹. Además, se trata de un derecho concedido por una norma legal imperativa, lo cual implica que no podría excluirse a través de una cláusula contractual, que sería nula¹³⁰. Así pues, el consumidor tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento; y, en consecuencia, el ejercicio de esta facultad por parte del consumidor supone que, a partir de ese momento, el tratamiento no será lícito y, por tanto, el empresario deberá cesar en el mismo, haciéndose extensible esta obligación a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor.

2) En segundo lugar, ante la revocación del consentimiento al tratamiento de datos personales, el legislador español ha adoptado una solución: otorgar al empresario la facultad de resolver el contrato¹³¹. Sin embargo, la doctrina¹³² se ha planteado si los Derechos nacionales pueden adoptar un precepto de estas características. En concreto, se cuestiona si esta norma afecta a la libertad del interesado de revocar su consentimiento, es decir, se plantea la cuestión de si el interesado es realmente libre de revocar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales cuando sabe que ello faculta al empresario a resolver el contrato, sobre todo, si se tiene presente que el rasgo del consentimiento “libre” es esencial

128 En este sentido, el Cdo. 39 DCSD señala que “El derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva”.

129 Así se dispone expresamente en el art. 114.1, párrafo 2º TRLGDCU y en el art. 2.8 DCSD.

130 GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020, p.190. En este punto, podríamos plantearnos si sería posible limitar su ejercicio conforme a la buena fe de acuerdo con el art. 7 CC, de forma que, si los datos personales cedidos por el consumidor constituyen la contraprestación del contenido o servicio digital, el consumidor no pudiera revocar su consentimiento hasta que no hubiese finalizado el plazo establecido en el contrato o durante un plazo de tiempo razonable. Sin embargo, como acertadamente ha señalado SÁNCHEZ LERÍA, R.: “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 45, 2018, p. 21, limitar temporalmente este derecho podría plantear determinados problemas. En especial, si bien es cierto que el ejercicio de los derechos ha de ajustarse siempre a la buena fe, ello no puede implicar una limitación *contra legem* del mismo.

131 *Vid.*, en un sentido similar, el art. § 327q (2) y (3) de la norma de transposición alemana (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen). En cambio, el legislador italiano no ha previsto una norma de características similares.

132 *Vid.*, en este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Diario La Ley*, núm. 9887, 2021, p. 23; y SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, pp. 8-9.

en la autorización al tratamiento de datos [arts. 6.1, letra b), 4.11 y 7 RGPD]¹³³. La respuesta a esta cuestión dependerá de la interpretación que se le dé a la noción de perjuicio.

Por un lado, si nos atenemos a una interpretación amplia de la noción de perjuicio, podemos entender que la facultad que se le otorga al empresario para resolver el contrato es un perjuicio derivado para el consumidor, ya que es la consecuencia de la retirada de su consentimiento. En este mismo sentido, parece que apunta la OEPD¹³⁴, para quien habrá perjuicio si, después de que el interesado retire el consentimiento, se produce una consecuencia negativa como, por ejemplo, que disminuya el nivel en la prestación del servicio en detrimento del usuario. Por tanto, atendiendo a esta interpretación, el art. 119 ter. 7 TRLGDCU infringiría lo establecido en los arts. 7 y 4.11 RGPD, de manera que el empresario no podría resolver el contrato por tratarse de un perjuicio derivado de la retirada del consentimiento por parte del consumidor al tratamiento de sus datos personales.

Por otro lado, se ha defendido una interpretación estricta -a la que nos adherimos- conforme a la cual se diferencia entre perjuicio y consecuencias de la retirada del consentimiento¹³⁵. De esta forma, podemos considerar un perjuicio el hecho de que se le imponga al consumidor una penalización o que se le imponga algún tipo de indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar al empresario por la retirada del consentimiento¹³⁶. La legislación española no condena al consumidor en estos casos, dado que el consumidor/interesado no se ve perjudicado, pues no se le impone penalización ni indemnización por los daños y perjuicios. De hecho, el propio art. 119 ter. 7 TRLGDCU *in fine* señala que “En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo”. Por su parte, tampoco entendemos que se pueda considerar un perjuicio el hecho de otorgarle al empresario la

133 En este sentido, el Cdo. 42 RGPD *in fine* dispone que “El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”.

134 *Vid.*, en este sentido, las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, de 4 de mayo de 2020, p. 12.

135 *Vid.*, en este sentido, SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 9; y CASTILLO PARRILLA, J. A.: “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021, p. 15.

136 En este mismo sentido, las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, de 4 de mayo de 2020, p. 12, señalan que también puede considerarse un perjuicio el engaño, la intimidación, la coerción o consecuencias negativas importantes si un interesado no da su consentimiento o no le era posible retirarlos sin sufrir alguno de estos perjuicios. Por su parte, SCHMIDT-KESSEL, M.: “Right to withdraw consent to data processing -the effect on the contract” en AA.VV.: *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?* (dir. por R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER Y S. LOHSSE), Nomos/Hart, Baden-Baden, 2020, p.143, propone que una solución alternativa a la facultad del empresario a resolver el contrato sea sustituir la cesión de datos personales por otro tipo de obligación a cargo del consumidor como, por ejemplo, una obligación de pago. Sin embargo, consideramos que esta solución es contraria al art. 7.3 RGPD, ya que imponerle al consumidor el pago de un precio puede entenderse como una penalización que mermaría sin duda la libertad del consumidor a retirar su consentimiento.

facultad de resolver el contrato ante la retirada del consentimiento por parte del consumidor¹³⁷, ya que consideramos que, simplemente, es una consecuencia contractual ligada a la retirada del consentimiento que el consumidor debe asumir bajo su responsabilidad.

Es necesario traer a colación el binomio “libertad” / “responsabilidad”. Así, el consentimiento se considerará libre si el sujeto lo ha prestado sin amenaza o coacción y puede retirarlo en cualquier momento. Sin embargo, la libertad de retirar el consentimiento conlleva asumir una responsabilidad. Por tanto, el hecho de que el consumidor -libremente- retire su consentimiento, no excluye que se asignen unas consecuencias, de la misma forma que ocurriría si retirara un pago en dinero¹³⁸. Estas consecuencias son distintas de la noción de “perjuicio”, entendida ésta como algo que va más allá de las consecuencias contractuales derivadas de la retirada del consentimiento¹³⁹. Con esta interpretación donde el concepto de “perjuicio” se desliga de las “consecuencias contractuales” se permite que las características del consentimiento en el ámbito contractual y la normativa de protección de datos puedan conciliarse¹⁴⁰, toda vez que se establece una solución que permite equilibrar los intereses del consumidor y del empresario, evitando además el enriquecimiento injusto que se produciría a favor del consumidor.

3) Sin embargo, la libre revocación del consentimiento al tratamiento de los datos personales por parte del consumidor presenta un problema respecto al derecho de desistimiento. En concreto, el carácter revocable del consentimiento supone dejar sin efecto la excepción al desistimiento en los contratos de suministro

137 De hecho, como acertadamente ha afirmado AGUILERA RUIZ, L.: “La revocación del consentimiento”, cit, p. 127, nos encontramos en presencia de un incumplimiento esencial en el sentido establecido por el Tribunal Supremo. Vid., a este respecto, SSTS 29 enero 2014 (Tol 4100891) y 23 mayo 2014 (Tol 4364890). Es decir, que el incumplimiento afecta a un elemento fundamental de la relación contractual, que ha llevado precisamente a una de las partes a su celebración. En este caso, afecta a la totalidad de las prestaciones contractuales, de manera que afecta directamente a la satisfacción del acreedor. En concreto, la cesión de los datos personales por el consumidor para su tratamiento por su contratante conlleva para este unas expectativas claras de prolongación en el tiempo, durante el que podría tratar los datos de manera lícita con la finalidad específica que ha llevado inicialmente al consumidor a aceptar el pacto. Esta frustración de tal expectativa afecta de manera esencial a la “valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabría esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado”. Vid., en este sentido, STS 23 mayo 2014 (Tol 4259380).

138 CASTILLO PARRILLA, J.A.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 16.

139 Sería el caso, como hemos visto anteriormente, el hecho de que se le imponga al consumidor una penalización o que se le imponga algún tipo de indemnización por los daños y perjuicios.

140 De esta forma, conviene precisar que la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales no implica la revocación del consentimiento contractual por parte del consumidor, pero sí se faculta al empresario a resolver el contrato. En este sentido, como acertadamente ha señalado SÁNCHEZ LERÍA, R.: “Los datos personales como contraprestación”, cit., p. 8, si el consumidor retira el consentimiento y, por tanto, los datos personales ya no constituyen la contraprestación del contenido o servicio digital, el TRLGDCU no sería aplicable y, en consecuencia, los remedios contractuales no estarían a disposición del consumidor. Argumento que creemos que sirve para reforzar esta tesis que aboga por la separación entre revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales y revocación del consentimiento contractual.

de contenidos y servicios digitales prevista en el art. 103, letra m) TRLGDCU¹⁴¹, dado que el consumidor titular de los datos siempre podría desvincularse del contrato revocando su consentimiento al tratamiento, por lo que gozaría de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum sine die* respecto del propio vínculo contractual que no tendría el consumidor que ha abonado una contraprestación dineraria¹⁴². Además, se advierte que la revocación del consentimiento confronta claramente con el artículo 1.256 CC, según el cual la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, en la medida en que el cumplimiento de una parte del contrato queda al arbitrio de uno de los contratantes (el titular de los datos)¹⁴³; pero, en realidad, este obstáculo también puede salvarse si mantenemos la tesis en virtud de la cual el consentimiento para el tratamiento de datos y el consentimiento contractual son dos consentimientos separados. De esta forma, que el consumidor retire su consentimiento al tratamiento de datos, no significa que desista del contrato, aunque, eso sí, siempre le quedará al empresario la facultad de resolver el contrato ex art. 119 *ter.* 7 TRLGDCU.

2. La facilitación de datos personales falsos por parte del consumidor.

Acabamos de analizar cómo la retirada del consentimiento para el tratamiento de datos personales por parte del consumidor es un presupuesto previsto por la ley que puede servir para que el empresario ejecute la resolución del contrato. Sin embargo, podemos plantearnos otro supuesto similar, que podría servir también como presupuesto de la resolución contractual por parte del empresario. Esto es, ¿podría el empresario resolver el contrato si los datos personales facilitados por el consumidor son falsos? Es previsible la posibilidad de que el consumidor pueda utilizar un correo electrónico o un número de teléfono que haya creado *ad hoc*, e incluso una identidad personal falsa, habiendo creado una identidad

141 Este artículo establece que el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a "El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones: 1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento; 2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y 3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.". Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S.: "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual* (coord. por M.J. SANTOS MORÓN y M.N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022, p. 290, indica que la pérdida del desistimiento es una consecuencia directamente aparejada por la ley al inicio de la ejecución del contrato, por lo que aquello que se pretende garantizar es que el consumidor cuando consiente para la ejecución sea consciente de la consecuencia que lleva aparejada: la pérdida del derecho a desistir.

142 GARCÍA PÉREZ, R.M.: "Interacción entre protección", cit., p.190.

143 *Ibidem.* p. 191. *Vid.*, En el mismo sentido, SÁNCHEZ LERÍA, R.: "El contrato de suministro de contenidos", cit., p. 20.

digital no correspondiente con la analógica¹⁴⁴. Se trata de un supuesto que no está expresamente contemplado ni en la DCSD ni en el TRLGDCU.

A nuestro entender, consideramos que el suministro de datos falsos por parte del consumidor sería equiparable a un supuesto en el que el consumidor no facilitase sus datos personales cuando los mismos constituyeran la contraprestación del contrato. La razón reside en que el empresario tiene la expectativa de tratar unos datos personales verdaderos que son los que realmente le resultan útiles, de manera que, si se le facilitan unos datos personales falsos, verá frustradas sus expectativas en cuanto a los resultados o beneficios que esperaba; de la misma forma que sucedería si se acordara un precio en dinero como contraprestación, y el mismo no se entregara, en cuyo caso acudiríamos al art. 1.124 CC. Por tanto, ante el incumplimiento del consumidor de su obligación principal de facilitar datos personales verdaderos, el empresario podría optar por la resolución del contrato, ya que se trata de una facultad que se entiende implícita en las obligaciones recíprocas¹⁴⁵; y, lo mismo, ocurriría si el consumidor hubiera aceptado una cláusula en virtud de la cual se comprometiera a actualizar sus datos personales. En este caso, si el consumidor, en principio, hubiera facilitado sus datos personales, pero, al cabo de un determinado periodo de tiempo, no los actualizara, tal y como se había previsto en el contrato, el empresario también podría optar por la resolución del contrato.

144 GARCÍA HERRERA, V.: “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020, p. 8.

145 *Ibidem*, cit., p. 8. No obstante, la autora señala que, como opción alternativa, el empresario también podría escoger la opción de exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación de hacer (cesión de datos). Y que, tanto en el caso de resolución contractual como de cumplimiento de la obligación, podría exigir además el resarcimiento de daños y abono de intereses. La razón por la cual la autora considera que el empresario puede exigir una indemnización por daños y perjuicios reside en que desde el inicio de la ejecución del contrato hasta el momento en que el empresario descubre que los datos cedidos son falsos, el consumidor ha estado disfrutando del contenido o servicio digital sin derecho a ello, de forma que ha visto satisfecho su interés en perjuicio del empresario que no ha recibido su contraprestación. Sin embargo, MARTÍNEZ CALVO, J.: “Dualidad normativa en la regulación...”, cit., pp. 1178 y 1182, afirma -y a cuya opinión nos adherimos-, que la opción de exigir el cumplimiento forzoso al consumidor de ceder sus datos personales no podría ser aplicada a este tipo de contratos, pues ello resultaría contrario tanto al art. 4.11 RGPD como al art. 6.1 LOPDGDD, los cuales exigen que el consentimiento ha de prestarse libremente, de manera que no se puede obligar al consumidor, contra su voluntad, a prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L.: "La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770", en AA.VV.: *Servicios digitales, condicionales generales y transparencia* (dir. por M.T. ALONSO PÉREZ y E. HERNÁNDEZ SAINZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

ÁLVAREZ MORENO, M.T.: "Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *La digitalización del derecho de contratos en Europa* (dir. por L. ARNAU RAVENTÓS), Atelier, Barcelona, 2022.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022.

BECH SERRAT, J. M.: "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010.

BUENO BIOT, Á.: "La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023.

CÁMARA LAPUENTE, S.:

- "Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual* (coord. por M.J. SANTOS MORÓN y M.N. MATO PACÍN), Tecnos, Madrid, 2022.
- "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*, núm. 3, 2016.
- "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020.
- "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, núm. 9887, 2021.

CARRASCO PERERA, Á.: “Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014.

CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

CASTILLO PARRILLA, J. A.: “Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021.

DE FRANCESCHI, A.: “Italy”, en AA.VV.: *Harmonizing Digital Contract Law: The Impact of EU Directives 2019/770 and 2019/771 and the Regulation of Online Platforms* (dir. por A. DE FRANCESCHI y R. SCHULZE), Nomos-Hart, Oxford (Inglaterra), 2023.

DE FRANCESCHI, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Saneamiento por vicios ocultos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

FENOY PICÓN, N.: “La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 66, núm. 2, 2013.

FERRER GUARDIOLA, J.A.: “Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021.

FERVERS, M.: “Comentario al art. 13 Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

FUENTESECA DEGENEFTE, C.: “Artículo 18. Entrega”, en AA.VV.: *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (dir. por S. DÍAZ ALABART), Reus, Madrid, 2014.

GARCÍA HERRERA, V.: “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020.

GARCÍA PÉREZ, R. M.: “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y

conformidad de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dir. por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE), Marcial Pons, Madrid, 2020.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: “La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”, en AA.VV.: *Contratación en el entorno digital* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA y M^a.C. Plana Arnaldos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La regulación del ‘derecho al olvido’ en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDGDD”, en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.:

- “Comentario al artículo 1124”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (Tomo VI) (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “El derecho a la portabilidad de los datos personales”, en AA.VV.: *Protección de datos personales* (coord. por I. GONZÁLEZ PACANOWSKA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GSELL, B.: “Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770”, en AA.VV.: *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dir. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

IZQUIERDO GRAU, G.: “Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020.

LETE ACHIRICA, J.:

- “Artículo 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución del contrato”, en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- “Artículo 119 ter. La resolución del contrato”, en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LÓPEZ MAZA, S.: “Comentario al artículo 66 bis TRLGDCU”, en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MAK, V.: "The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content", en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Bruselas, 2016.

MANKO, R.: "Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive, In depth analysis", *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, Bruselas, 2016.

MARCO MOLINA, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, 2022.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

- "Comentario al artículo 118 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- "Comentario al artículo 121 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- "Comentario al artículo 1125", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil (Tomo VI)* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍN LÓPEZ, R.: *La protección del consumidor adquirente de contenidos y servicios digitales al amparo de la Directiva (UE) 2019/770*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2022.

MILÀ RAFEL, R.: "Datos personales como contraprestación en la Directiva de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (dir. por F. GÓMEZ POMAR y I. FERNÁNDEZ CHACÓN), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MORALES BARCELÓ, J.: "El difícil equilibrio entre el régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la protección de los datos personales", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 59, 2022.

SÁNCHEZ LERÍA, R.:

- "El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 45, 2018.
- "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022.
- "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2021.

SCHMIDT-KESSEL, M.: "Right to withdraw consent to data processing-the effect on the contract" en AA.VV.: *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?* (dir. por R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER Y S. LOHSSE), Nomos/Hart, Baden-Baden, 2020.

SCHULTE-NÖLKE, H.: "El derecho de consumo en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa", en AA.VV.: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), ThomsonReuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

SERRANO PÉREZ, M^a. M.: "Derechos de las personas", en AA.VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (coord. por A. TURNES VILLANUEVA), Dilex, Madrid, 2020.

SILLERO CROVETTO, B.: "Art. 66 bis. Entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material", en AA.VV.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo I) (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

TWIGG-FLESNER, C.: "Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770", en *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary* (dirs. por R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER) Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (Munich), 2020.

WENDEHORST, C.: "Personal Data in Data Value Chains-Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?", en AA.VV.: *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?* (dir. por S. LOHSSE, R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER), Nomos/Hart, Baden-Baden (Munich), 2020.