

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

LOHSSE, Sebastian/SCHULZE, Reiner/STAUDENMAYER, Dirck (eds.): *Data as counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020. 284 pp.¹

Los «Münster Colloquia» celebrados en la Universidad alemana anualmente desde 2015 tienen como propósito abordar los retos a los que se enfrenta la legislación de la UE como consecuencia de la transición a la economía digital. Constituyen un foro para debatir los conceptos e instrumentos necesarios para responder a las cuestiones jurídicas puestas de manifiesto, por ejemplo, por la economía de los datos o la inteligencia artificial. Estos encuentros han conseguido congregarse a reconocidos especialistas y tratar, desde un enfoque iusprivatista, los principales retos de adaptación del derecho privado al entorno digital. Los trabajos y conclusiones se han plasmado desde su inicio en obras colectivas anuales, de indudable valor para los juristas de derecho privado, que nos ofrecen una visión de los problemas más actuales en este ámbito enfrentado a las necesidades que plantea el entorno digital, llegando a tener un valor predictivo de aquello que va a ser objeto de discusión, debate y regulación en el futuro cercano en el derecho privado en la UE.

El libro que ahora se recensiona recoge el fruto de los V «Coloquios» citados. Es resultado del trabajo conjunto de distintos juristas del entorno europeo, coordinados por los profesores Lohsse, Schulze y Staudenmayer. Las diversas aportaciones recogidas en la obra reflejan el debate doctrinal sobre las cuestiones que plantea la consideración como contraprestación contractual de los datos, partiendo de la realidad, tal como declara el prólogo, de que su impacto en la economía y en la práctica contractual será uno de los aspectos centrales en el desarrollo del derecho contractual y la protección del consumidor en la era digital.

Así, la introducción, escrita por los coordinadores, nos ofrece una lúcida visión de los desafíos a los que se enfrenta la adaptación de las normas de derecho contractual como consecuencia de la digitalización. A la vista de la

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

¹ La presente recensión se enmarca en el proyecto de investigación «El Derecho de contratos en el entorno digital», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (ref. PGC2018-098206-B-I00).

regulación contenida en la Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y de servicios digitales (DCD) que iguala datos y precio en dinero como compensación a cambio de contenidos y servicios digitales, se pone de manifiesto que esta norma es parte de un cambio legislativo más amplio necesario para adaptar el derecho contractual a las novedades del mundo digital. Y es que los cambios producidos por la digitalización se refieren a la irrupción de los datos como objeto del contrato en el suministro de contenidos y servicios digitales y en la contratación entre empresas, y también afecta a otros conceptos que están cambiando en la transición a la economía digital, como la conclusión y contenido del contrato fijado a través de inteligencia artificial, o los smart contracts en los que interviene tecnología blockchain.

La respuesta normativa de la UE en relación a la contratación a cambio de datos personales refleja una convicción social que se ha ido generalizando rápidamente desde la aparición en el mercado de los contenidos y servicios digitales, que han tenido un rápido crecimiento que previsiblemente aumentará; los datos se perciben como una mercancía objeto de comercio. Los consumidores asumen cada vez más que están pagando con datos los contenidos y servicios que se les ofrecen «gratis» en el entorno digital. En consecuencia, los datos personales se presentan como elemento con un valor patrimonial propio pero notoriamente distinto de otros bienes patrimoniales; esta circunstancia suscita el debate sobre la admisibilidad y, sobre todo, los límites de su configuración como contraprestación (de ahí que la Directiva eluda el término «contraprestación» o «counter-performance» en línea con las recomendaciones hechas por el Supervisor Europeo de Protección de datos). Directamente encadenado a lo anterior, se plantea la coordinación y coherencia con el régimen legal de la protección de datos integrado en el Reglamento UE de Protección de Datos Personales 2016/679. Aspecto especialmente conflictivo en el que cabe destacar la difícil armonización entre la regulación del desistimiento del contrato de suministro y la disciplina de la libre revocación del consentimiento relativo al uso de datos personales.

Más allá de una consideración dogmática sobre la calificación como contraprestación de los datos personales en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, los trabajos que integran la obra optan por una perspectiva pragmática, fijando su atención en problemas específicos considerando el equilibrio de los intereses en juego y dejando a un lado la excesiva preocupación por las categorías. La propia DCD sigue este enfoque, se limita a incluir en su ámbito de aplicación los supuestos en los que el usuario recibe el contenido o servicio digital a cambio de datos, a efectos de aplicar el régimen contractual de protección del consumidor que establece. Sigue de este modo la senda marcada por el legislador europeo en el camino de la regulación de los contratos sobre contenidos digitales, cuya preocupación esencial ha sido proporcionar un marco jurídico seguro para los consumidores que garantice el acceso de estos a remedios contractuales por falta de conformidad, a la vez que delimita el propio concepto de contenido digital, que se ve afectado por los cambios tecnológicos, todo ello en aras de la consecución de un mercado digital uniforme y ágil, trascendiendo la tipificación contractual y reconociendo al usuario el recurso a un régimen contractual (en torno al criterio de «conformidad» ya conocido en derecho de la Unión Europea) en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, partiendo de un concepto amplio tanto de éste objeto, como de la contraprestación. Con todo, aunque la igualdad entre datos y precio en dinero que establece la DCD

lo sea solo a los efectos de su ámbito de aplicación, constituye una previsión cuyas consecuencias jurídicas se deben analizar de modo amplio, desde el derecho contractual general y a la vista de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de la UE; sin olvidar que tratándose de datos personales, el análisis de las relaciones entre las normas contractuales y las relativas a la protección de datos personales es imprescindible. Los dos aspectos señalados son los que sirven de criterio para diferenciar las dos partes en las que se divide la obra.

La primera parte, naturaleza jurídica y valor económico de los datos en la relación contractual, sobre las cuestiones más relevantes que suscita la aplicación de las normas de derecho contractual a los contratos en los que el usuario suministra datos personales a cambio de contenidos y servicios digitales, agrupa los trabajos de Metzger, Hacker, Van Erp y Janeček y Malgieri.

Desde la perspectiva de derecho contractual, se resalta que si efectivamente los datos personales son contraprestación, y los contenidos y servicios digitales constituyen la prestación, estamos ante un contrato sinalagmático o recíproco, con las consecuencias que ello tiene en relación a las normas aplicables, sobre todo en caso de incumplimiento o cumplimiento no conforme. Pero con carácter previo, la cuestión que se suscita se refiere a la conclusión y validez del contrato. En relación a ello, la Directiva no da una respuesta sobre cuando existe realmente un contrato en los casos en los que el consumidor paga con datos, sino que remite a las legislaciones de cada Estado (Considerando 12 de la DCD). Una de las cuestiones que tendrán que resolver se refiere a la determinación de la existencia de oferta y aceptación contractuales, ya que a este respecto si bien es fácil asumir que desde el punto de vista del comportamiento el uso del servicio o contenido supone aceptación tácita por el usuario, no es tan fácil interpretar que tal actuación es conscientemente contractual, pues en muchas ocasiones el usuario no tiene la intención consciente de celebrar un contrato. Junto a ello, la cuestión del consentimiento de los menores tampoco tiene una respuesta en la DCD y, de nuevo, serán las legislaciones nacionales las que tengan que resolverlo. Lo mismo ocurre en relación a los límites del consentimiento para el tratamiento de datos por el proveedor; por ejemplo, si tal consentimiento se extiende automáticamente a la creación de perfiles y, en su caso, con que límites.

En cuanto al contenido del contrato, la DCD se limita a establecer los derechos del consumidor que contrata contenidos o servicios digitales, ya sea a cambio de dinero o de datos personales, pero el enfoque protector del consumidor deja sin respuesta legislativa cuales son los derechos del proveedor, en especial la posibilidad de exigir la compensación en forma de datos personales y como operan en tal caso las normas de protección de datos personales. Como señala Metzger, el modelo de mercado reconocido por la DCD impone a las legislaciones europeas el establecimiento de un «mercado de datos» eficiente, y para ello resulta esencial garantizar la competencia y la diversidad de la oferta por diferentes proveedores, así como consumidores bien informados y la reducción de los costes de transacción, grandes retos que se deberán ir consiguiendo, entre otras medidas, con el desarrollo de un derecho contractual que se adapte a tales necesidades. En este contexto, el derecho contractual ha de asumir un papel protector del consumidor, sobre todo teniendo en cuenta la situación del contratante que consiente el tratamiento de sus datos y que, como pone de relieve Hacker, se encuentra en una situación de debilidad debido a las dificultades para evaluar económicamente los datos y comparar ofertas. Por ello, según propone el autor, el régimen

contractual previsto en la DCD se aplicará también en los casos en los que se haya contratado el contenido o servicio digital a cambio de datos personales y el tratamiento sea ilícito conforme a las normas de protección de datos personales, para permitir que el consumidor acceda a los remedios por incumplimiento. A lo que se debe añadir la aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que aunque, como sabemos, no se aplica al control del precio, se debería aplicar al supuesto en que la contraprestación son datos personales, sobre todo porque tampoco es suficiente la protección que podría otorgar al consumidor la disciplina de la transparencia, ya que el usuario realmente no conoce los términos y condiciones del contrato y, sobre todo, no existe la opción para el consumidor de contratar bien a cambio de datos, bien a cambio de un precio en dinero, lo que sería deseable para crear un mercado eficiente. El establecimiento legal de un derecho del usuario a recibir los contenidos y servicios digitales sin contraprestación en datos (data free option) podría ser una medida adecuada para conseguir el deseado equilibrio entre partes y, por extensión, el equilibrio de mercado, pero sobre todo, garantizaría una alternativa plenamente respetuosa con la privacidad de los usuarios que la demandan.

La naturaleza y contenido del derecho del titular sobre los datos personales es otro de los temas objeto de estudio en esta obra. En concreto, Van Erp plantea si se puede calificar como un derecho de propiedad. Lo cierto es que la categoría tradicional de la propiedad y las normas que regulan su transmisión están pensadas para una realidad física, pero los datos son diferentes a los objetos materiales, en especial por la posibilidad de uso no excluyente. Así pues, el principal obstáculo para calificar el derecho del titular sobre los datos como derecho de propiedad es que no se puede concebir como un derecho exclusivo, ya que el consentimiento para tratar datos no excluye su uso por el titular, ni impide la autorización a otros sujetos. A pesar de ello, el autor llama la atención sobre la existencia de diversos tipos de «propiedad» adaptada a los distintos objetos (objetos materiales, bienes inmateriales, o creaciones intelectuales) y considera que, realmente, la propiedad sobre los datos se debe entender como control sobre los datos, que se ha de concretar en los derechos de acceso, portabilidad y cancelación. Como aportación a este debate, Janecek y Malgieri defienden, teniendo en cuenta que una de las dificultades que la doctrina señala para el reconocimiento de un derecho de carácter patrimonial del titular sobre los datos personales es el carácter indisponible de éstos, lo que denominan una «limitada alienabilidad dinámica» (dynamically limited alienability rule) en virtud de la cual los datos no se pueden considerar en si mismos transmisibles o intransmisibles, sino que deben considerarse intransmisibles cuando llevan consigo valores e intereses que se verían lesionados por la transmisión. Considerar los datos res extra comercio debe entenderse desde un punto de vista dinámico y no absoluto, teniendo en cuenta que la finalidad que persigue tal regla es proteger determinados valores.

En la segunda parte del libro los trabajos de Schmidt-Kessel, Sénéchal, Cámara, Wendehorst, Sattler y Fries se centran en la relación entre la regulación contractual y la aplicación de las normas de protección de datos. La regulación contractual de los datos como contraprestación coexiste y se complementa con las normas de protección de datos personales. Esto se refleja en la remisión expresa que la Directiva hace a las normas del RGPD, tanto la mención genérica a la prevalencia de tales normas, como la remisión específica al régimen previsto en el RGPD para las consecuencias de la resolución

del contrato cuando se trata de datos personales. Por otro lado, se vincula directamente la protección de datos personales con las normas contractuales, al establecerse que el incumplimiento de las normas de protección de datos previstas en el RGPD constituye un supuesto de falta de conformidad, lo que permite al consumidor acudir a los remedios previstos en la Directiva. Con todo, la necesaria coexistencia de ambos ámbitos normativos deja interrogantes, en especial, cómo se ha de compatibilizar la libre revocación del consentimiento conforme a las normas de protección de datos y la existencia de un contrato sinalagmático sometido a las reglas de la Directiva. En relación a ello Schmidt Kessel analiza los efectos que la revocación del consentimiento por el titular de los datos tiene en la relación contractual, partiendo de que el derecho reconocido en el artículo 7 del RGPD refleja el principio fundamental de la protección de datos personales, que se basa en la libertad del sujeto para consentir el tratamiento de datos personales. La primera conclusión a la que llega es que se trata de un principio de orden público, por tanto no disponible para las partes, lo que conlleva la nulidad del pacto contractual que limite o excluya la posibilidad de revocación. Las consecuencias para la relación contractual pueden ser diversas; es posible sustituir la relación contractual por otra de diferente contenido en la que se modifica la contraprestación, ofreciendo otra alternativa para consentir (por ejemplo un pago extra, o la pérdida de una rebaja o promoción inicial) que respete la revocación del consentimiento para tratar datos personales. En otro caso, la revocación del consentimiento supone el fin del contrato. La DCD no establece reglas que disciplinen las consecuencias, y tampoco las encontramos en el RGPD, es una cuestión que se deja a las legislaciones internas que podrían establecer una disciplina específica o reglas añadidas a las generales, y en tal caso, deberían tener en cuenta si el contenido o servicio suministrado a cambio del tratamiento de datos personales es de cumplimiento único o continuado en el tiempo.

Sénéchal y Cámara abordan en sus respectivas aportaciones las relaciones entre normas de protección de datos y normas contractuales en la resolución del contrato. Como describe la primera de los autores citados, las normas contractuales que regulan el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales y las normas de protección de datos personales constituyen ámbitos normativos distintos con una justificación y finalidad diferenciada (de un lado la protección del consumidor, para garantizar un mercado eficiente y competitivo, y de otro lado la garantía del derecho fundamental sobre los datos personales como manifestación de la personalidad del sujeto). Sin embargo, la DCD ha puesto de relieve la interrelación entre tales normas. La regulación de las consecuencias de la resolución del contrato es buena prueba de ello; en el caso en que el consumidor haya pagado con dinero el contenido o servicio digital, las consecuencias previstas para la resolución contractual siguen la lógica contractual, lo que supone, básicamente, cese de la relación y restitución recíproca de prestaciones por las partes. Si el consumidor ha permitido el tratamiento de datos personales, las consecuencias previstas entremezclan los dos regímenes normativos, el artículo 16.2 DCD remite al RGPD (el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento 2016/679) mientras que el artículo 17, siguiendo la lógica contractual, prevé el cese de uso del contenido o servicio, prohibición de hacerlo accesible a terceros y la devolución de los medios materiales que servían para hacerlo accesible, si los había. La justificación la encontramos, señala la autora, en los distintos objetivos per-

seguidos por las normas contractuales y las de protección de datos personales. Por su parte Cámara Lapuente incide en los efectos restitutorios de la resolución y las cuestiones pendientes que deja la Directiva, a las que habrán de responder las legislaciones nacionales. Por un lado, el autor señala que para delimitar a que supuestos cabría extender los derechos de recuperación de datos por el usuario y de impedir su uso por el proveedor es preciso tomar en consideración las muy distintas casusas por las que se produce la resolución contractual. De otro lado, analiza los derechos en juego en caso de resolución y las consecuencias de la misma tanto para los datos personales como no personales a la vista tanto del régimen contractual de la Directiva, como de las normas de protección de datos personales. Como conclusiones, el autor señala que la Directiva 2019/770 no contempla ni impide la posibilidad de extender los nuevos derechos (abstención de uso y recuperación) a otras causas de extinción del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, distintas de la resolución; los Estados Miembros en la transposición deberían plantearse esa opción y nada veda que tomen el modelo del RGPD, más proteccionista, en lugar del de la Directiva para los contenidos no personales. Aunque no es aparente en el articulado de la Directiva, el derecho de recuperación durante la relación contractual, antes de operarse una resolución, podría quedar cubierto por las expectativas legítimas del consumidor ex art. 8.1.b DCD. El balance general que resulta de las facultades, excepciones y objeto sobre el que recaen los dos nuevos derechos de la Directiva en caso de resolución muestra un contenido prácticamente vacío, dado que además la Directiva tampoco se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor fueran tratados exclusivamente por el empresario para suministrar los contenidos o servicios digitales o para cumplir requisitos legales (art. 3.1). No obstante, debido al carácter expansivo del concepto de «dato personal» y a la remisión expresa de la Directiva (art. 16.2) al RGPD, el usuario puede encontrar en los derechos de supresión u olvido y portabilidad del Reglamento una herramienta de protección de sus intereses más eficaz que los recién estrenados derechos de una Directiva, por lo demás, pionera en la defensa contractual de los usuarios digitales

La compleja interconexión entre las normas de protección de datos y la regulación contractual, debida a la especial naturaleza de los datos personales y su protección como derecho fundamental, también es puesta de manifiesto por Wendehorst, que enfatiza el hecho de que los recelos sobre la consideración patrimonial de los datos personales (un derecho fundamental no puede ser objeto de transacción comercial) pueden llevar a una paradójica situación de desprotección del titular de los mismos. La propuesta de esta autora para hacer frente a los diversos riesgos para el usuario que dejan sin solución las normas del RGPD y el régimen contractual, pasa por la posibilidad de llevar a cabo la adaptación de diversas normas a la realidad de la explotación patrimonial de los datos. Por un lado, establecer mayores requisitos de consentimiento en el RGPD (el consentimiento libre e informado no es una realidad en la mayoría de los casos); por otro lado, las legislaciones internas podrían establecer un control de las cláusulas predispuestas sobre las que se consiente. La exigencia de requisitos de seguridad de los productos digitales, la revisión de las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos, y la adaptación las normas de responsabilidad de las legislaciones internas serían también elementos normativos necesarios para la consecución del fin deseado, el funcionamiento de una economía de los datos que respete

los derechos del usuario. También Sattler reflexiona sobre la doble naturaleza de los datos personales, objeto de un derecho fundamental y objeto de explotación económica. Una interpretación amplia del artículo 6 del RGPD (consentimiento) junto a una interpretación estricta del artículo 7 (libre revocación del consentimiento) permitirá, como señala el autor, la necesaria sincronización entre la regulación patrimonial y las normas de protección de datos.

El último de los trabajos que componen el volumen se dedica a los datos como contraprestación en los contratos entre empresarios (B2B). La DCD limita su ámbito de aplicación a los contratos con consumidores, lo que Sattler encuentra adecuado, ya que la necesidad de protección no parece la misma en la contratación entre empresas, sobre todo porque rara vez en este ámbito el consentimiento no será conscientemente contractual. Ello no obsta para demandar una estricta aplicación de las sanciones establecidas en el RGPD en los casos de tratamiento ilícito de los datos, especialmente para las grandes plataformas de comercio online.

Podemos concluir que los trabajos contenidos en este volumen consiguen el resultado pretendido, tal como declara el prólogo, estimular la discusión sobre la materia y contribuir al desarrollo de un derecho privado moderno. Las diversas aportaciones contenidas en la obra analizan las cuestiones jurídicas planteadas por la realidad innegable del tráfico jurídico de los datos personales, su consideración como contraprestación contractual y la interconexión de las normas contractuales con las de protección de datos personales, ofreciendo soluciones de interpretación y sugerencias de regulación que habrán de contribuir a la necesaria adaptación de las normas contractuales y de protección del consumidor al entorno digital.

Ya se han anunciado los Coloquios de este año, y esperemos seguir contando en el futuro con este foro de discusión y con las obras en las que se plasman los debates y trabajos, imprescindibles para seguir la evolución del derecho contractual europeo.

M.^a Carmen PLANA ARNALDOS
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Murcia

VERDERA SERVER, Rafael: *Aspectos registrales de las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2021, 325 pp.

El libro objeto de esta reseña tiene un origen un tanto circunstancial, al que hace referencia su autor en la nota preliminar. Rafael Verderra tenía el encargo de redactar la lección sobre los aspectos registrales de las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias en el extenso Tratado de Derecho Inmobiliario Registral que, dirigido por Manuel Espejo y Sebastián del Rey, se publicó recientemente. El autor comenzó a cumplir el encargo con la calidad técnica a que nos tiene acostumbrado en su, por demás, amplia producción científica. Pero pronto se encontró que el tema se escapaba mucho más allá de las habituales limitaciones de espacio necesarias para homogeneizar este tipo de obras colectivas, de forma que optó por la solución que ha dado lugar al libro aquí reseñado: enviar una versión reducida como capítulo