

www.uoc.edu/idp

ARTÍCULO

Mercado único digital y concepto de consumidor^{*}

Blanca Torrubia Chalmeta

Profesora agregada de Derecho mercantil

Universitat Oberta de Catalunya

Fecha de presentación: agosto de 2016
 Fecha de aceptación: septiembre de 2016
 Fecha de publicación: septiembre de 2016

Resumen

El presente artículo analiza lo inadecuados que resultan tanto el concepto de *consumidor* como el criterio de *facilitación activa*, que la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales utiliza a la hora de determinar su ámbito de aplicación. En el ámbito digital es necesario diferenciar a los consumidores de los usuarios no consumidores (navegantes). Estos últimos necesitan una protección adecuada frente a los actos ilícitos de los proveedores de contenidos digitales. Dicha protección debe articularse, fundamentalmente, a través del instituto de la responsabilidad extracontractual.

Palabras clave

consumidor, usuario no consumidor, contenido digital, responsabilidad extracontractual, mercado único digital, proveedor de contenidos digitales

Tema

mercado único digital

* Este artículo es un resultado obtenido dentro del grupo de investigación consolidado *Derecho de Internet (DDI) 2014* SGR 1476 (AGAUR), financiado por la Generalitat de Catalunya. Agradezco a los profesores Miquel Peguera y Mónica Vilasau sus comentarios al borrador de este trabajo.

Digital single market and the concept of consumer

Abstract

This article analyzes the inadequacy of both the concept of consumer and the criterion of active facilitation, used by the Proposal for the draft directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, in order to determinate its scope of application. In the digital domain, it is necessary to differentiate between consumers and from non-consumersr users (navigators). The latter need adequate protection from the unlawful acts of digital contents providers. This. And that protection should primarily be providedgranted, mainly, through the institutione of tort law (extracontractual liability).

Keywords

consumer, non-consumers users, digital contents, extracontractual liability, digital single market, digital contents providers

Topic

digital single market

1. Introducción

En el marco de la Estrategia 2020, la Agenda Digital de la Comisión Europea, pieza clave para su estructuración, tras la paralización de la reforma de los derechos de la propiedad intelectual en la UE,¹ ha experimentado un importante avance con la publicación, el 9 de diciembre de 2015, de dos nuevas propuestas de directivas dirigidas a proteger al consumidor en el ámbito de la contratación. La primera en materia de contratos de suministro de contenidos digitales,² y la segunda en relación con contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.³

En este artículo nos centraremos en la propuesta de Directiva relativa al suministro de contenidos digitales (PDCDig.), dado que la regulación de la propuesta de los contratos de compraventa en línea no presenta problemas en relación con el concepto de consumidor como parte de un contrato. Esta propuesta aborda un contrato clásico (el de compraventa) adaptado al ámbito de Internet. Sin embargo, la PDCDig., inspirada también en la fallida propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de compraventa⁴ (CESL), y quizá por ello, sí que plantea, en nuestra opinión, contradicciones en relación con dicho concepto. Esto es consecuencia del amplio⁵ y difuso ámbito de aplicación que la misma establece.

1. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor» (Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 626 final). Ver en: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>>.
La Estrategia para el Mercado Único Digital adoptada por la Comisión el 6 de mayo de 2015 ya anunciaba una iniciativa legislativa sobre una normativa armonizada para el suministro de contenidos digitales y la compraventa en línea de bienes. COM(2015) 192 final). Ver en: <<http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market>>.
2. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287 (COD). Ver en: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-634-ES-F1-1.PDF>>.
3. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, COM(2015) 635 final, 2015/0288 (COD). Ver en: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-635-ES-F1-1.PDF>>.
4. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 10.10.2011, COM(2011) 635 final. Ver en: <<http://ec.europa.eu/justice/contract/files/commonsaleslaw/regulationsaleslawen.pdf>>.
Al respecto S. Arnerstal (2015, págs. 880 y sig.)
5. En este sentido, G. Spindler quien, además de hacer referencia a lo novedoso de la regulación, señala que dicha propuesta tiene «el potencial de producir un cambio radical en la tradicional tipología de contratos de muchos Estados Miembros» en «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/16, pág. 5.

El objeto de la PDCDig. es armonizar, al máximo,⁶ el régimen contractual de explotación de los contenidos digitales, de manera que los destinatarios de los mismos (consumidores) obtengan un elevado nivel de protección de sus derechos como tales.⁷ Esta propuesta, igual que la de compraventa en línea, se presenta con el objetivo general de contribuir a un crecimiento más rápido de las oportunidades que brinda la creación de un verdadero mercado único digital, en beneficio de los consumidores y las empresas (base jurídica). No obstante, ambas están pensadas exclusivamente para la protección del consumidor. De ahí que no aborden aspectos de propiedad intelectual (ni industrial) potencialmente implicados, lo que puede provocar que, en determinados aspectos prácticos, dicha compatibilidad de beneficios entre consumidores y empresarios no resulte tal.⁸

2. Ámbito de aplicación de la PDCDig.

2.1 Inclusiones y exclusiones

La PDCDig. se aplica a los contratos de suministro de contenidos digitales.⁹ Resulta, por ello, esencial conocer el alcance del término *contenido digital* que la misma recoge en su artículo 2.1 dentro de las definiciones:

- a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software,
- b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor, y
- c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio.¹⁰

La PDCDig. se aplica, por tanto, a los soportes duraderos (bienes), como los DVD y CD, que incorporan (solo para transferirlos) contenidos digitales, al margen de que la venta se realice a distancia o presencialmente. La finalidad es evitar la fragmentación entre los diferentes canales de distribución.¹¹ Todo ello sin perjuicio del derecho de distribución aplicable a dichos bienes, conforme a la ley de derechos de autor (cdo. 12 PDCDig.).

El concepto de *contenido digital* incluye además, de acuerdo con el artículo 2.1 PDCDig., cualquier servicio relacionado con datos en formato digital (la transmisión en un soporte duradero, la descarga en los dispositivos de los consumidores, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos

6. Con la idea de facilitar la transposición en los Derechos civiles nacionales, la Comisión ha optado por servirse de una Directiva de armonización plena, en lugar de un Reglamento. Así el art. 4 establece que «Los Estados miembros no podrán mantener o introducir disposiciones contrarias a las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel diferente de protección de los consumidores» (en línea con el cdo. 5 de la PDCDig.).
7. La Propuesta busca colmar el vacío legal existente en la Unión Europea en relación con determinados aspectos contractuales para los que no existe una normativa, así como complementar la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, que ya ha armonizado plenamente determinadas normas relativas al suministro de contenidos digitales (en especial, los requisitos de información precontractual y el derecho de resolución). Y muestra su preocupación por la falta de regulación específica dirigida a proteger a los consumidores frente a los contenidos digitales que no sean conformes con el contrato, entendiéndose que resulta necesario actuar con rapidez para evitar una posible fragmentación jurídica por la aparición de normativas nacionales. Asimismo, señala que la misma viene a complementar la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, y la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular, del comercio electrónico en el mercado interior (Coherencia con las disposiciones vigentes en el ámbito en cuestión). Vid. en este contexto, S. Cámara Lafuente (2016).
8. Estas cuestiones serán objeto de estudio en un próximo trabajo.
9. En relación con los contratos de contenidos digitales realizados con consumidores *vid.* N. Helberger *et al.* (2013, págs. 37-57).
10. Este concepto es considerablemente más amplio que el del CESL (los apartados b) y c) no figuran en él).
11. Así lo señala el cdo. 12 PDCDig. que aclara que La Directiva 2011/83 continuará aplicándose a dichos bienes, incluidas las obligaciones relacionadas con la entrega de productos, los recursos en caso de incumplimiento en la entrega y la naturaleza del contrato en virtud del cual se suministran dichos bienes. Por su parte, el cdo. 50 establece que La Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe modificarse para reflejar el alcance de PDCDig. en relación con un soporte duradero que incorpore contenidos digitales cuando se haya utilizado exclusivamente para transferir los contenidos digitales al consumidor. En este contexto, el cdo. 32 señala el proveedor se encuentra en mejor posición que el consumidor para conocer los motivos de la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales, debido a la naturaleza específica de los contenidos digitales (por la gran complejidad y el conocimiento y acceso a la técnica, la información técnica y la asistencia técnica específica de tales contenidos).

digitales o el acceso al uso de redes sociales; además, considera que debe aplicarse a todos los contenidos digitales con independencia del soporte utilizado para su transmisión).¹² De ahí que la futura Directiva se aplicaría a las plataformas comerciales (Amazon, eBay) y al comercio electrónico, a la computación en la nube (*cloud computing*), a las webs que ofrecen servicios en tiempo real (*streaming*),¹³ y, también, a las redes sociales (Facebook, LinkedIn, Twitter), a los buscadores (Google, Bing) y a los blogs, entre otros.¹⁴

Del concepto *contenido digital* se excluyen, de acuerdo con el artículo 3 PDCDig.:

Los servicios prestados con un elemento predominante de intervención humana, cuando el formato digital se utiliza principalmente para transferir el contenido¹⁵ (Legalitas) y el uso de los soportes digitales con fines exclusivamente de acceso o entrega, tales como la traducción ofrecida por una persona o por otros servicios de asesoramiento profesionales en los que el resultado del servicio se entrega al consumidor por medios digitales (cdo. 19).

Esto quiere decir que, si bien quedan incluidas las páginas web diccionario (Wordreference) y de traducción automática (Google translator), no ocurre lo mismo con el envío de una traducción que una persona realiza.

- a) Los servicios de comunicación electrónica definidos en la Directiva 2002/21/CE.
- b) Los servicios de salud

c) Los servicios de juego y los financieros.

d) Los contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos o como un accesorio de las funciones principales de los bienes¹⁶ (cdo. 11 de la propuesta).

2.2 El consumidor sin contraprestación económica en la PDCDig.

De especial interés resulta la extensión del ámbito de aplicación de la PDCDig. a los contratos de suministro de contenidos digitales cuando la contraprestación no es dineraria. El artículo 3 en su primer párrafo establece:

La presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos.

La PDCDig. justifica esta extensión con el hecho de que, en la economía digital, los participantes en el mercado ven, cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero. Así, con frecuencia, los contenidos digitales no se intercambian por un precio, sino por una contraprestación diferente al dinero, esto es, permitiendo el acceso a datos personales o a otro tipo de datos. La PDCDig. considera que hacer una diferenciación atendiendo a la naturaleza de la contraprestación generaría una discrimi-

12. A estas formas de suministrar contenidos digitales se refiere el cdo. 11 de la Propuesta que, además, señala, con la idea de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y mantener la naturaleza «a prueba de futuro», que el concepto de contenido digital (más amplio que en la Directiva 2011/83/UE), debe cubrir servicios que permitan la creación, el tratamiento o el almacenamiento de datos. No obstante, excluye su aplicación a los contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes.
13. Cdo. 11 PDCDig. G. Spindler señala también como ejemplos los sistemas de almacenamiento de datos y los archivos de modelado visual para impresoras 3D. «Contratos...», *op. cit.* pág. 8.
14. La Propuesta busca extenderse también a los contenidos generados por el propio consumidor (cdo. 15) y a los contenidos personalizados para un consumidor (cdo. 16). En opinión de G. Spindler, G, mientras los segundos incluyen los programas de ordenador individualizados, las bases de datos expertas y los modelos para impresoras 3D hechos a medida, los primeros parecen extenderse incluso a fotos o vídeos personales, *tweets* o valoraciones de cliente (*ratings*). «Contratos...», *op. cit.* pág. 8.
15. En la versión española, la PDCDig. existe una errata al señalar que sí se incluyen esos servicios. Falta «no» antes de «debe aplicarse». Si se compara con la versión inglesa resulta claro: «(19) This Directive should apply only to those services whose main subject matter is providing digital content. Therefore, the Directive should **not** apply to services, which are performed personally by the supplier and where the digital means are only used for access or delivery purposes, such as a translation offered by a person or other professional advice services where only the output of the service is delivered to the consumer by digital means».
16. Sobre esta cuestión *vid.* G. Spindler, *op. cit.* pág. 9, que considera que se trata de la exclusión más trascendental (y potencialmente) más problemática.

nación entre los diferentes modelos de negocio y ofrecería un incentivo injustificado a las empresas para dirigirse a la oferta de contenidos digitales a cambio de datos. Además, los defectos en las características de funcionamiento de los contenidos digitales suministrados por una contraprestación diferente al dinero afectarían a los intereses económicos de los consumidores (cdo. 13 PDCDig.).

En cualquier caso, la aplicación de la Directiva requiere que se trate de contratos en los que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa (p. ej. el nombre y la dirección de correo electrónico o fotos), directamente al proveedor (p. ej. mediante el registro individual o sobre la base de un contrato que permite el acceso a las fotos del consumidor).

Están, por ello, fuera de la PDCDig. los supuestos en que el proveedor recaba información, incluidos datos personales, tales como la dirección IP u otra información que se genera automáticamente, como información recogida y transmitida por una *cookie*, sin que el consumidor la facilite activamente, aunque acepte la *cookie*, exponiéndose a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales (cdo. 14 PDCDig.).

Quedan, asimismo, excluidos los supuestos en que el proveedor solicite del consumidor:

- a) Datos personales cuyo tratamiento sea estrictamente necesario para la ejecución del contrato (p. ej. la localización geográfica cuando sea necesaria para que una aplicación móvil funcione correctamente) o para cumplir requisitos legales (p. ej. cuando el registro del consumidor es necesario por motivos de seguridad e identificación en virtud de la legislación aplicable) y el proveedor no los someta a otro tratamiento que sea incompatible con este fin.¹⁷

- b) Cualquier otro dato con el fin de garantizar que los contenidos digitales cumplen con el contrato o con requisitos regales y el proveedor no utiliza con fines comerciales. (art. 3 PDCDig. párrafo 4).

3. El confuso concepto de *facilitación* activa de datos en la PDCDig.

La *facilitación activa* de datos por parte del consumidor al proveedor solicitante, es, como se ha señalado, el criterio que utiliza la PDCDig. para delimitar el tipo de relaciones que quedan cubiertas por ella, esto es, su ámbito objetivo.

Este criterio, que, probablemente, busca soslayar los problemas que surgirían de utilizarse el término *consentimiento* del consumidor, resulta, no obstante, poco claro e insatisfactorio en un ámbito como el de Internet, donde la mayoría de los navegantes acceden a determinados servicios o contenidos digitales (en especial, redes sociales, buscadores y blogs) sin consciencia de lo que puede implicar.¹⁸

La PDCDig. recurre al automatismo como elemento para descartar la *facilitación activa* del consumidor. De este modo, cuando el proveedor recaba información, incluidos datos personales, tales como la dirección IP u otra información generada automáticamente, como información recogida y transmitida por una *cookie* (aunque el consumidor la acepte) o cuando se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales, se entiende que no se produce tal *facilitación activa*. Pero ¿qué ocurre en el caso de una aplicación, en la que el usuario no se ha registrado, que le solicita acceder a sus datos de localización, sin que sean necesarios para la prestación del servicio? Si el usuario pulsa el botón de *aceptar*, ¿está llevando a cabo una *facilitación activa*?

17. Estas exclusiones están en la línea de las contempladas en el art. 6.1.b del Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

18. G. Spindler señala que, a pesar de la, en cierta medida, claridad de la PDCDig., ésta presenta algunas áreas ambiguas y utiliza el ejemplo de Wikipedia donde, aunque los usuarios facilitan efectivamente datos personales a cambio de usar el contenido digital del sitio, se puede entender que Wikipedia necesita tales datos únicamente para enlazarlos con la historia de la versión del artículo y, por tanto, sólo para los fines necesarios para hacer que su servicio funcione de conformidad con el contrato. Y que, de no se aplicarse la PDCDig. a los artículos generados por los usuarios, se generarían diversos problemas por el particular servicio que Wikipedia presta (en particular, en relación con su obligación de destruir los datos personales, que haría difícil entender y comparar el curso de los debates en los que el usuario tomó parte) «Contratos...», *op. cit.* págs. 10 y 11.

En este contexto, resulta difícil comprender y separar lo que queda y no queda cubierto por la PDCCDig. en caso de gratuidad.¹⁹ La exclusión de su ámbito de aplicación del suministro de contenidos digitales en caso de exposición del usuario a publicidad (anuncios) y de los datos obtenidos mediante *cookies*,²⁰ incluso si el consumidor las acepta, no encuentra una justificación satisfactoria.

El supuesto de los anuncios parece estar sustentado en la idea de que, en general, el suministrador no recaba datos del consumidor, pero sí que podría hacerlo con los servicios con *cookies* (p. ej. Google Analytics), que recogen datos personales a gran escala con fines comerciales. La doctrina ya ha advertido, en relación con las cuestiones que suscita el RGPD, que la mera cantidad de datos permite seleccionar unos determinados y conseguir la identificación personal.²¹

4. La diferencia entre consumidor y usuario no consumidor o navegante en el ámbito digital

En el ámbito del Derecho de consumo se utiliza la distinción entre bienes y servicios que se prestan a cambio de precio para calificar a sus destinatarios como consumidores o como usuarios respectivamente.

La PDCCDig., no obstante, a la hora de establecer su base jurídica, señala que los contratos de suministro de contenidos digitales se clasifican de forma diferente en función de los estados miembros (contratos de compraventa, contratos de servicios o contratos de arrendamiento)²² y que incluso pueden tener una clasificación diferente en el mismo estado miembro, según el contenido digital ofrecido.²³ Por esto,

19. G. Spindler considera que las formas clásicas de contenidos digitales gratuitos (datos de acceso abierto (Open Access Data), programas de ordenador de código abierto o libre (Open Source Software) o los programas informáticos gratuitos (Freeware) quedan fuera de la Directiva porque «supuestamente» no requieren un registro o inscripción activa. Sin embargo, si se facilitan al consumidor servicios adicionales (p. ej. parches o información adicional si esos servicios requieren una cuenta personal) sí quedarían cubiertas, y recuerda que esto es criticado también por V. Mak (2016, pág. 9), «Contratos...», *op. cit.* pág. 12.
20. H. Beale (2016, pág. 13) considera que las actividades de recolección mediante *cookies* sí están cubiertas por el término «activamente».
21. P. M. Schwartz y D. J. P.M./Solove. (2011, pág. 1836 y sig.), y W. K. Hon, C. W. K./Millard y I. /Walden, I. (2011, págs. 211 y sig.) citados por G. Spindler, quien señala que, incluso servicios como el buscador intenso de datos de Google, quedarían fuera de la Directiva si el consumidor no crea una cuenta (opcional), mientras que Facebook siempre se vería afectado por los nuevos remedios a disposición del consumidor. «Contratos», *op. cit.* pág. 12. La necesidad de una adecuada información, en relación con los datos recabados de quienes acceden a Internet (para darse de alta en una web, acceder para buscar información, etc.) ha sido puesta de relieve por M. Vilasau Solana en su todavía inédita tesis doctoral *El consentimiento en el tratamiento de datos de carácter personal en un contexto de asimetría contractual* (Universitat de Barcelona, Diciembre 2015).
22. G. Minero Alejandro, en el contexto de la doctrina UsedSoft del Derecho de consumo señala que el carácter temporal o permanente del uso cedido a través del contrato sobre contenidos digitales es un factor que debe ser tenido en cuenta a la hora de estudiar esta calificación. En su opinión, si la cesión del derecho de uso es onerosa y permanente encajaría en la calificación de compraventa, en cambio, si se trata de una autorización de uso temporal, (p. ej. con limitación del uso a un determinado número de visualizaciones o a un concreto período para llevar a cargo la descarga), el contrato sería de servicios. Para esta autora, la tendencia del TJUE es más adecuada, dada la identidad funcional y económica de los contenidos digitales suministrados *on-line* y *off-line*, que la «poco razonable» distinción de la PDCCDig. y su Considerando 19, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de «personalizar o limitar» el derecho de desistimiento cuando no hay soporte material (G. Minero Alejandro (2016, págs. 520-521). Y considera (acertadamente, a juicio de J. Aparicio Vaquero, nota a pie 14, pág. 10), que para la plena recepción del análisis del TJUE es necesaria una reforma normativa.
23. La PDCCDig. cita el «Comparative Study on cloud computing contracts» (2014) DLA Piper, pág. 33 y sig.; «Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts»; University of Amsterdam: Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) Institute for Information Law (IViR): Amsterdam Centre for Law and Economics (ACLE) pág. 32 y sig. La PDCCDig. señala que ello provoca que los derechos y obligaciones nacionales y los recursos de los consumidores en materia de contenidos digitales sea diferente en función de los Estados miembros. Así, algunas de estas normativas nacionales son dispositivas y pueden ser modificadas por las partes, mientras que otras son obligatorias.

define el contrato de suministro de contenidos digitales sin incluir referencia alguna al tipo contractual.²⁴ Esto ha motivado en la doctrina una división entre quienes entienden que el legislador comunitario define un nuevo tipo contractual (*sui generis* o *tertium genus*)²⁵ y quienes consideran que obvia toda calificación para dotarlo de un régimen propio o *ad hoc*.²⁶

Por otra parte, la propuesta recoge el mismo concepto de *consumidor* que la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, a la que busca complementar:

«Consumidor: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

Este concepto tradicional de *consumidor*²⁷ tiene difícil acomodo e incluso contradice los criterios que la propia propuesta utiliza a la hora de incluir y excluir los contenidos digitales en su ámbito de aplicación. Así, por una parte, y como ya se ha señalado, resulta difícil delimitar qué contenidos digitales quedan dentro y fuera de su aplicación de acuerdo con el criterio de la *facilitación activa de datos*. Por otra parte, al quedar excluidos los supuestos de aceptación de *cookies*, la PDCDig. contradice la justificación del valor económico de los datos sobre la que sustenta su regulación. A través de las *cookies* se pueden obtener datos mucho más valiosos que los facilitados por el usuario.

Cuando la PDCDig., en su artículo 3, incluye, no sólo los supuestos en que el usuario de contenidos digitales paga un precio, sino también aquellos en los que facilita activamente datos al proveedor pensando en lo valioso de tales datos, está forzando la consideración de contraprestación voluntaria (contractual) del usuario de cara a extender su protección. Sin embargo, este argumento pierde sentido con la exclusión que la misma realiza si el proveedor puede conseguir datos del navegante por medios técnicos (*cookies*).

¿Acaso dejan de ser, en su caso, datos con valor económico?, ¿hay voluntad (consentimiento) contractual en la facilitación activa de datos y no la hay en la aceptación de una *cookie*? y ¿qué ocurre con los permisos que requieren las aplicaciones (*apps*) para ser instaladas?, ¿es facilitación activa?, ¿hay voluntad negocial?, ¿es necesario para el servicio o exigen algo que no es estrictamente necesario para prestarlo?

No consideramos que haya de hacerse diferenciación dentro de la gratuidad. Cualquier contrato con contraprestación en dinero debe quedar incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. El resto no, se produzca o no transferencia de datos por parte del usuario.

Por tanto, no sólo deben excluirse quienes simplemente entran en webs, leen periódicos, buscan precios, etc. que quedan fuera del ámbito de la Directiva. También deberían quedar fuera quienes, de acuerdo con ella, «facilitan datos activamente» (quien se da de alta en un servicio, por ejemplo, cuando crea una cuenta en Google, Facebook, Dropbox, LinkedIn, sin llegar a pagar por el servicio *premium*, eBay, sin comprar) o cualquier otro tipo de servicio digital. Calificar estos casos como contratos sujetos a la Directiva es problemático porque falta voluntad contractual.

En puridad, los navegantes que utilizan los contenidos digitales (tales como Facebook, Google, Twitter, LinkedIn, blogs y demás webs no destinadas a la contratación electrónica directa de bienes o servicios a cambio de dinero a través de las mismas, no actúan en calidad de consumidores. Actúan como meros navegantes o usuarios no consumidores que aceptan las condiciones de uso del servicio que los proveedores imponen (incluida la facilitación de datos con o sin valor económico).

Ni la aceptación de *cookies*, ni la aceptación de cualquier transferencia de datos (con o sin valor económico para el

24. J. P. Aparicio Vaquero señala que el suministro de contenidos digitales incluye dos formas de explotación, según tales contenidos estén o no incorporados a un soporte, tal y como se desprende del tratamiento que le da la PDCDig. (cdo. 19). Así, en el primer caso, estaremos en presencia de bienes que *pueden* ser objeto de contrato de compraventa, sin embargo, cuando se suministran en línea, expresamente se *rechaza* su consideración de «contratos de servicios». Para dicho autor, desde otra perspectiva, la contratación de bienes y servicios en forma electrónica es un típico «servicio de la Sociedad de la Información» (Anexo A de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, (LSSI) donde el término *servicio* tampoco viene referido a un concreto tipo contractual, pues incluye la celebración de compraventas a través de la Red. «Propiedad intelectual...» *op. cit.*, pág. 9.

25. Vid. J. P. Garrote Fernández-Díez (2013, págs. 754-755).

26. Vid. S. Cámara Lapuente (2014, pág. 93).

27. No es objeto de este artículo el análisis del concepto de consumidor en el ámbito del Derecho del consumo que ha sido abundantemente tratado por la doctrina (p. ej., en la doctrina española, y por todos, R. Bercovitz Rodríguez Cano (2015).

proveedor), pueden considerarse actos que obedezcan a una voluntad negociadora real del navegante. Este sólo es consciente de que hace uso de un servicio gratuito que requiere la comunicación de información al proveedor, pero no de que realiza un negocio jurídico con él.

El hecho de que determinados datos puedan tener un valor económico, incluso mayor que un posible precio estimado, así como el destino de los mismos, son circunstancias que, por regla general, el usuario que los proporciona desconoce. Éste percibe la demanda como una «molestia inevitable» para acceder al servicio, no como un contrato, con lo que ello conlleva. No es lo mismo consentir que el proveedor conozca determinados datos que consentir la celebración de un contrato de suministro de contenidos digitales, que es lo que la PDCDig. establece.

La PDCDig., en su intento protector de los destinatarios de bienes y servicios, se ha excedido, tanto objetiva como subjetivamente. Desde el punto de vista objetivo porque, dentro de su ámbito de aplicación, engloba actos que no pueden calificarse como contractuales (ni precontractuales), esto es, la mera navegación o el uso de los contenidos digitales sin voluntad negociadora. Desde el punto de vista subjetivo porque, al dar por supuesto que todo lo que ella regula se desenvuelve en una situación contractual (la de suministro de contenidos digitales), califica, inevitablemente, como consumidores a determinadas personas que no lo son. Piénsese, en especial, en el uso de las redes sociales, buscadores y blogs por menores e incapaces.

La diferenciación basada en el pago o no de un precio en dinero facilita y da coherencia a la regulación del contrato de suministro de contenidos digitales. En efecto, la aplicación de la propuesta exclusivamente a los supuestos en los que el usuario de los servicios paga un precio permite la alineación, tanto con la regulación tradicional del contrato de suministro (y/o compraventa), como con la normativa en materia de consumo a la que busca completar.²⁸

Ahora bien, sentado lo anterior, se hace necesario dotar de protección suficiente al usuario no consumidor en los supuestos en los que la navegación en Internet pueda causarle un daño.

5. La protección jurídica del navegante

5.1 Marco jurídico de la protección

La protección jurídica del usuario no consumidor de contenidos digitales (navegante), que reviste especial importancia, debe enmarcarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del proveedor.

Como se ha señalado, la falta de voluntad negociadora del navegante impide calificar como contrato los supuestos en los que los contenidos digitales se facilitan gratuitamente (con o sin facilitación de datos de cualquier clase al proveedor). Piénsese en la diferencia entre el navegante que accede a un periódico en línea para ojearlo, donde no hay voluntad negociadora, al margen de que haya de facilitar datos a cambio, (al registrarse) y quien realiza la suscripción (abonando un precio) a la edición digital del mismo para poder leer los artículos de su periodista favorito, puesto que aquí sí hay consciencia de la realización de un contrato o voluntad negociadora.

El navegante acepta una condición²⁹ (facilitar datos) y, en su caso, las normas de uso, para acceder al servicio gratuito, sin que, en general, conozca el tipo de datos (los que proporciona directamente u otros), si tienen contenido económico o no, y el destino o futuro uso que el proveedor hará de los datos facilitados.

Pues bien, sentado el carácter extracontractual de la responsabilidad del proveedor de contenidos digitales frente al navegante o usuario no consumidor, cabe plantearse qué tipo de actos son susceptibles de generarle daño. De igual modo, debe analizarse el modo en que debe regularse ese tipo de responsabilidad para que cubra adecuadamente los posibles daños que la navegación cause a dicho navegante.

5.2 Actos propios del proveedor que pueden generar responsabilidad frente al navegante

Tanto en los supuestos en los que el navegante no facilita datos, como en los que sí lo hace, incluso dándose de alta de

28. La Directiva europea de Consumo prevé el pago de precio tanto para el contrato de compraventa como para el de servicios.

29. De existir esa voluntad negociadora, estaríamos en presencia de contratos de adhesión (*take it or leave it*), pero, tal y como venimos señalando, no puede entenderse que, en tales supuestos, existe voluntad negociadora por el hecho de aceptar la cesión de datos.

un servicio gratuito en el que espera recibir las prestaciones propias de ese servicio, ha de poder contar con protección suficiente frente, entre otros supuestos:

- La obtención de manera ilícita (violación de la privacidad o espionaje) o el destino ilícito, de los datos del navegante. La protección aquí se articularía por la vía del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).
- Los daños derivados del incumplimiento de los términos o política de uso del servicio. De ellos deberá responder de forma general bajo las normas de responsabilidad extracontractual.³⁰ Así, en un supuesto de daño, como sería la pérdida de fotografías por un servicio destinado a guardarlas (p. ej. Dropbox), el navegante podrá entablar una acción civil contra el prestador para que le indemnice. Y nada pierde en relación con la petición de responsabilidad contractual que podría entablar si se entendiera que existe un contrato, puesto que en ambos casos la dificultad residiría en probar que la subida de las fotos perdidas se produjo.
- Los daños que los anunciantes que muestran sus anuncios en la web o aplicación del proveedor del servicio causan a los navegantes, tal y como se ha dicho, queda sujeta a responsabilidad extracontractual.

Hechas las anteriores consideraciones, y sin entrar aquí a hacer un análisis de las desventajas que en la práctica tendrían los navegantes que facilitan activamente datos por el hecho de no ser considerados consumidores³¹ y quedar excluidos de la PDCDig., puede adelantarse que sería conveniente que en el marco de la Agenda Digital de la Comisión Europea se establezca un estatuto jurídico propio del navegante. Estatuto que debería incluir también a los usuarios de contenidos digitales que no facilitan datos y a los que entran en las exclusiones de la propuesta y que debería permitir dotarles de una protección, eficaz y adecuada a la realidad de Internet, frente a posibles daños sufridos en la navegación. Piénsese un servicio como Facebook, en el que el usuario confía en que mantendrá su servicio (su cuenta abierta, con todos sus contactos, contenidos, etc.), repentinamente borra todos esos contenidos y cancela la cuenta; o Dropbox, que borra, voluntaria o involuntariamente, todos los archivos almacenados allí. Todo esto sin perjuicio del carácter extracontractual de la responsabilidad de los proveedores de contenidos digitales, pudiéndose, en su caso, alargar los plazos de ejercicio de las acciones judiciales y/o extrajudiciales.

6. Conclusiones

1. La Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales equipara, para extender su aplicación, el precio del contrato que paga un consumidor a los supuestos en los que el usuario de contenidos digitales no paga un precio, sino que facilita datos, de forma activa, al proveedor que los solicita.
2. No parece adecuada la consideración como consumidor (contratante) de quien no presenta voluntad negocial (usuario no consumidor o navegante). El navegante acepta una condición (facilitación de datos) y, en su caso, las normas de uso, para acceder al servicio gratuito, sin

30. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), además de imponer ciertos deberes a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, recuerda que están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en dicha Ley (art. 13.1 LSSI). El régimen de exención de responsabilidad que dicha ley establece a favor de determinados proveedores (entre los que se incluyen aquellos que alojan datos proporcionados por sus usuarios, como las plataformas de compartición de vídeos), les protege frente a la responsabilidad que pudiera derivar de los contenidos ilícitos que suministran los usuarios. En cambio, no les exime de responsabilidad por sus propios actos, por ejemplo, por la defectuosa prestación del servicio que ocasiona daños a los que visitan la página. En este sentido, aunque referido a la responsabilidad contractual, *vid.* M. Peguera Poch (2007, pág. 220).

31. Este análisis es objeto de un trabajo en el seno del Proyecto DER2015-70019-R. De momento, estos navegantes no quedarían sujetos a las obligaciones que los estados miembros pueden imponer a los consumidores. Sin que ello impida la sujeción a un régimen de responsabilidad frente al proveedor por mal uso que hicieran del servicio (responsabilidad que también será extracontractual).

- que, en general, conozca el tipo de datos (de contenido económico o no), si se recogerán otros datos diferentes a los facilitados, cuán valiosos son y el destino (futuro uso) que hará el proveedor de los datos facilitados. De ahí que cualquier acceso a Internet con comunicación de datos y sin pago de precio haya de quedar enmarcado dentro de los supuestos de ausencia de contrato.
3. Considerar al navegante como consumidor provoca dificultades a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva y contradicciones en la regulación en ella contenida.
 4. La protección del navegante es necesaria y debe articularse por la vía de la responsabilidad extracontractual.
 5. Sería deseable que en el marco de la Agenda Digital de la Comisión Europea se previese un estatuto jurídico del navegante.
 6. Mantener al usuario no consumidor fuera del ámbito de aplicación de la futura Directiva relativa a los contratos sobre contenidos digitales facilita su regulación y es más acorde con la normativa de consumidores.

Referencias bibliográficas

- APARICIO VAQUERO, J. P. (2016). «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales». *Indret* 3/2016.
- ARNERSTAL, S. (2015). «Licensing digital content in a sale of goods context». *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (GRUR Int), págs. 880 y sig. <<http://dx.doi.org/10.1093/jiplp/jpv140>>
- ARROYO I AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia». *Indret* 3/2016.
- BEALE, H. (2016). «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment». Workshop of JURI-Committee of the European Parliament. PE 536.493. Bruselas. Págsp. 1-30.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (2015). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2014). «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. n.º 11, págs. 79- 167.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). «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* 3/2016.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, J. P. (2013). «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL». En: VV. AA. (dir. A. Carrasco Perera). *Tratado de la compraventa*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi. págs. 753-764.
- HELBERGER, N.; LOOS, M.B.M.; GUIBAULT, L.; MAK, CH. y PESSERS, L. (2013). «Digital content contracts for consumers». *Amsterdam Law School Research Paper*. 2012-66; *Journal of Consumer Policy*, 36, págs. 37-57. <<http://dx.doi.org/10.1007/s10603-012-9201-1>>
- HON, W. K.; MILLARD, C.; WALDEN, I. (2011). «The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing - What Information is Regulated? The Cloud of Unknowing, Part 1». *International Data Privacy Law*, 1.4. págs. 211-228. <<http://dx.doi.org/10.1093/idpl/ipr018>>
- MAK, V. (2016). «The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content». Workshop of JURI-Committee of the European Parliament. PE 536.494. págs. 1-28.
- MINERO ALEJANDRE, G. (2016). «Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador. Calificación de los actos de explotación y aplicación de la regla del agotamiento a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En: VV. AA., *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*". Dykinson y Aladda, págs. 493-524.

PEGUERA POCH, M. (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares.

SPINDLER, G. (2016) «"Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015». *Indret* 3/16.

SCHWARTZ, P.M.; SOLOVE, D. J. (2011), «The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information». *New York University Law Review*. 86. págs. 1836 y sig.

Cita recomendada

TORRUBIA, Blanca (2016). «Mercado único digital y concepto de consumidor». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 22, págs. 19-29. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]
 <<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n22-torrubia/n22-torrubia-pdf-es>>
 <<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i22.3030>>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autora

Blanca Torrúbia Chalmeta
 btorrubia@uoc.edu

Profesora agregada de Derecho mercantil
 Universitat Oberta de Catalunya

<<http://www.uoc.edu/webs/btorrubia/ES/curriculum/index.html>>

UOC
 Av. Carl Fiedrich Gauss, 5
 08860 Castelldefels