



CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES –una visión panorámica–

Coordinador:

Leonardo B. Pérez Gallardo

José Antonio CASTILLO PARRILLA

Antonio FLAMINI

Yanixet Milagro FORMENTÍN ZAYAS

Manuela GIOBBI

Lisette HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Serafina LARocca

Ana María PEREDA MIRABAL

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO

Anabel PUENTES GÓMEZ

Juan Francisco RODRÍGUEZ AYUSO

Reinerio RODRÍGUEZ CORRÍA

Lucía RUGGERI

Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ

Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ



INTROITO

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de La Habana (Cuba). Notario

«(...) es conveniente y oportuno tomar conciencia (...) del momento atinente a la evolución histórica por el que atraviesa el Derecho (...) y de su proyección hacia el futuro.

Situados en ese escenario será tal vez posible vislumbrar, al menos parcialmente, los a menudo imperceptibles pero revolucionarios avances que se vienen produciendo en el Derecho en los días que corren.

Al mismo tiempo, sería pertinente aproximarnos a los problemas y dificultades que se presentan en el ejercicio del Derecho con el propósito de encontrar soluciones que, ante los cambios producidos, la hora exige».

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO

Mi buen amigo, el profesor de la Universidad de Sevilla, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, talentoso como profesor, agudo como jurista, y demasiado confiado en mi persona, quien dirige esta colección, gentil y magnánimamente me ha pedido que coordine y prologue este libro. Creo que su probada amistad hacia este humilde servidor, me ha hecho romper fronteras en el conocimiento e intentar cumplir —al menos con cierta regularidad—, el compromiso asumido. Me era imposible negarme, pues Guillermo siempre cumple, con puntualidad, esmero e indiscutida calidad sus compromisos editoriales, de lo que yo, doy fe, y no solo como notario, sino como autor, aun cuando esa fe, en esta oportunidad, no sea pública.

Con el título *Contratación electrónica y protección de los consumidores – una visión panorámica*, se compilan varios trabajos que centran

su atención en estos temas, cuya autoría corresponde a profesores que proceden de universidades de Italia, España, Chile y Cuba. Ciertamente, los tiempos que corren en la actualidad son los tiempos de la informatización que ha invadido todas las esferas de la vida de la persona, desde lo más íntimo hasta lo de connotación más pública. No quedan recodos de la vida cotidiana en la que la informatización no pueda ser una herramienta útil que incluso desplaza los mecanismos tradiciones con los que los seres humanos hemos transitado en la vida. *«El acceso masivo de personas a Internet, sin lugar a dudas, ha representado un cambio en la forma en que se lleva a la práctica el derecho a la libertad de expresión. La revolución informática ha alterado los medios a través de los cuales el mundo se comunica, pues ha hecho viable la transmisión de datos en tiempo real a través de múltiples formatos, de tal suerte que resulta posible para dos personas en lejanas ubicaciones geográficas tener contacto inmediato. Es por ello que Internet ha jugado un papel central en la reducción o eliminación de las distancias que hasta buena parte del siglo XX apartaron a los pueblos»* (Sentencia T 277-15 de la Corte Constitucional de Colombia)¹.

En palabras de los propios autores que escriben para este libro, «Es evidente que en los últimos años ha tenido lugar un cambio radical que ha transformado profundamente la organización de la sociedad en general modificándola en la ‘sociedad global de la información’. Prueba de esto es que la red internet ha asumido el rol de infraestructura para la comunicación mundial. Nacida en los años 60 como red generada informalmente desde los de abajo para satisfacer exigencias de comunicación de investigadores y estudiosos, internet constituye hoy la realización que más se acerca a la idea de una autopista informática, no obstante sus límites» (LAROCCA), «En ese sentido, los datos personales, entendidos como cualquier información relacionada con la persona física, identificada o identificable incluso indirectamente mediante referencia a cualquier otra información, se convierten en una categoría de naturaleza dinámica y susceptible a evolucionar en relación con el progreso tecnológico y empresarial, haciendo casi asumir como un contenido variable inclusive a la autorización dada por el cliente para su tratamiento» (GIOBBI).

Como arguye el profesor TAPIA RODRÍGUEZ en su contribución, resulta necesario deslindar cómo los medios tecnológicos han permitido que las formas de expresión de la voluntad se amplíen y cómo esos mismos medios tecnológicos a su vez han expandido las posibilidades de invasión

¹ Vid. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>, consultada el 27 de julio de 2016.

de la privacidad, de una forma general pero también en el orden estricto de los contratos, en particular de los consumidores. Se trata de sopesar lo que supone para la contratación la llamada era de la digitalización, si cambian o no los paradigmas contractuales y si esta vía de llevar a cabo los contratos, es un peligro que puede socavar el derecho a la identidad personal, o el de la privacidad. En tal sentido los dilemas que pueden suscitarse no solo trascienden en el orden jurídico, sino también ético.

Para los estudiosos del Derecho de contratos la tecnología ha supuesto una nueva manera de concertar los contratos, pero sin mutar su esencia. ¿Acaso Internet ha conllevado a un nuevo Derecho de la contratación? ¿Nacen nuevos tipos contractuales? ¿Se generan nuevas disputas doctrinarias? ¿La era digital está sentando jurisprudencia? ¿Cómo garantizar la legitimidad y autenticidad de la cibercontratación? ¿Qué valor tiene la firma electrónica? Como con acierto se razona en los trabajos contenidos en este texto, la contratación electrónica se sustenta en cuatro principios básicos, a saber: la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, y la exigencia reforzada de buena fe y de libertad de pactos (CASTILLO PARRILLA).

«El hombre tiene una inagotable capacidad de enamorarse y aterrorizarse de sus creaciones. Lo desconcertante es que a veces nuestra fuente de fruición y miedo es la misma. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), y particularmente Internet, integran una de estas fuentes de paradojas.

»Internet, o mejor dicho la Red, es vista por unos como una escalera mágica para ascender a sus utopías: una posibilidad de democratizar el conocimiento, la educación, la cultura, las decisiones; hay quienes la ven como un mundo fluido y sin cadenas, inasible para los Estados, donde al final seamos libres; otros la perciben como un mercado sin límites, sin fronteras, aduanas, horarios y ni siquiera dinero, al menos en su forma convencional.

»En contraste, hay una visión de la Red como una escalera hacia abajo, algo que nos envuelve y deshumaniza marcando el descenso a un mundo irreal, sin relaciones personales, un mundo de solitarios compradores que han relegado al mundo real a cambio de otro caótico, hecho sólo de evanescentes imágenes y sonidos, que devoran distancias y que sacrifican la intimidad hasta lo asfixiante»².

² GRIJALVA, Agustín, «Internet y derechos de autor», p. 445, en www.flacso.org.ec/docs/sfintgrijalva.pdf, consultada el 14 de enero de 2016.

Si bien Internet ha supuesto para el hombre esa autopista en la que a ratos, cada vez más seguidos, los contratos son más que paradas, sino fuente necesaria para la navegación de los cibernautas, no toda contratación electrónica tiene su sede en Internet, si bien no deja de ser esta la principal artífice. A fin de cuentas, tampoco podemos hablar de una neocontratación moderna. La contratación electrónica no implica una nueva tipología contractual. Es cierto que nacen a diario nuevos tipos contractuales, pero la contratación electrónica incide sobre la manera de concertar el contrato, ella no es fuente en sí de nuevos contratos. Como con acierto defiende en su interesante trabajo CASTILLO PARRILLA «En la medida en que los mensajes de datos no son sino un nuevo medio para emitir declaraciones de ciencia o voluntad (información en sentido técnico-informático [...]), las reglas del Comercio Electrónico no deben implicar una modificación sustancial del Derecho de obligaciones y contratos. Este es, en esencia el principio de inalteración del Derecho preexistente: las reglas que regularán un contrato electrónico serán las mismas que regularán ese contrato si se celebrara por otros medios (sin perjuicio de ciertas especialidades que deban tenerse en cuenta por razón del medio a través del cual se emiten las declaraciones de voluntad)». O sea, corresponde crear las bases que permitan adaptar los esquemas del Derecho contractual a la realidad que el comercio electrónico impone. No se trata de alterar los pilasstras del tradicional Derecho de los contratos sino de adaptarlas a los requerimientos de la sociedad de la información, de ahí, *v. gr.*, la determinación del lugar de perfección del contrato celebrado por vía electrónica, y la incidencia que ello hoy puede traer incluso para la determinación de la ley aplicable cuando se trata de un contrato transfronterizo, la concertación de diversos tipos contractuales cuyo objeto recae sobre transferencias tecnológicas o sobre suministro de contenidos digitales, la concertación de disímiles tipos contractuales a través de la red, entre ellos los de facturación bancaria, el devenir de nuevas formas de pago, todo lo cual ha generado en los últimos años un mare mágnam de disposiciones normativas que tienden a regular no solo los contratos, sino también todo lo que concierne a la responsabilidad civil derivada del contrato, o generada como consecuencia de ciertos actos ilícitos que tienen como escenario la propias redes de la información.

Y es que el efecto expansivo de la era electrónica se extiende a los más diversos tipos contractuales de los que nos ilustran los autores convocados para esta obra. Así, la tradicional y milenaria permuta, ha dejado de ser un mero trueque de bienes determinados, no fungibles ni consumibles para tener protagonismo en esta era electrónica. Aunque parezca ficción, la

profesora VALDÉS DÍAZ nos alerta de la posibilidad de intercambios en la red y la utilización de los llamados bancos de tiempo, en los que la unidad de cambio no será el dinero sino una medida de tiempo, como el trabajo por hora. Así se afirma por la autora que «las personas necesitadas de cosas o servicios, careciendo de dinero pero pudiendo, a su vez, entregar otras cosas o realizar alguna prestación que otros reclaman, pueden incorporarse a este sistema de intercambio, que propone la ventaja de fomentar las relaciones sociales y la igualdad entre los participantes. El uso de los ‘bancos de tiempo’ puede solucionar diversos problemas presentes en la economía de mercado, a través de economías complementarias o alternativas, potenciadas con el soporte de la tecnología de la información». Con la creación de dichos bancos, se pretende «crear una comunidad de intercambio ocasional de servicios utilizando el tiempo como única unidad de cambio. A ellos se suman las redes de trueque, que permiten también el intercambio de cosas. O la típica amalgama o fusión de ambas cosas, que permite el cambio de cosas por servicios, de cosas por cosas, de servicios por cosas» (VALDÉS DÍAZ).

Tampoco escapa a esta realidad los contratos cuya sede lo es la propiedad intelectual, concretamente el derecho de autor. De ahí los dilemas jurídicos que la circulación *on line* de las obras de arte, generan para los autores, en lo que se ha dado en llamar el arte digital, «la realidad muestra que es completamente viable la existencia de la obra en un formato inmaterial y por ende nada obsta para que estas se conviertan en objeto de las más disímiles transacciones comerciales en la red y que se ubique en el centro de diversas relaciones jurídicas, que un tiempo atrás eran exclusivas del mundo material y que ahora se replican con igual facilidad y eficiencia en el digital, piénsese en la comercialización de las obras o en buena técnica jurídica del soporte que las contiene, mediante la concertación de contratos como puede ser el de compraventa» (PEREDA MIRABAL). Empero, la venta *on line* no ha de llevar consigo la transmisión de las facultades de reproducción ni de exposición pública, las cuales en todo caso serán de dominio exclusivo de su autor o de sus derechohabientes. Se trata en definitiva de adaptar los principios del derecho de autor al soporte electrónico de las obras, sin renunciar a la protección de las facultades patrimoniales y morales que este importa.

No menos significativo resulta el fenómeno de las redes sociales en Internet. Estas se han convertido además, de fenómeno cultural y social, de enorme influjo en la conducta, el comportamiento, la manera de pensar, de razonar y hasta de escribir de la jóvenes generaciones, igualmente en escenario preciso para la concertación de los más impensables tipos

contractuales. La sociedad de la información pone retos inimaginarios a los ciudadanos de todo el mundo que hoy cada vez se encuentran más cerca, se derriban fronteras y con ello caen muros y se tienden puentes entre los ciudadanos, pero en todo caso, ha de lograrse superar las tensiones entre el comercio electrónico y la tutela a la privacidad. Como ha dicho el profesor chileno DE LA MAZA GAZMURI: «La protección de la privacidad en Internet resulta un tema sugerente no sólo porque involucra la protección de derechos individuales, sino además porque constituye uno de los factores que determinará las posibilidades de expansión del comercio electrónico en el futuro. La masiva recolección y procesamiento de información en las plataformas electrónicas no sólo lesiona el derecho a la privacidad que reconocemos a todos los sujetos, sino que constituye además una poderosa barrera a la incorporación de nuevos usuarios al comercio electrónico»³ Y en tal sentido recomienda «que una legislación que proteja la privacidad puede resultar extraordinariamente costosa para quienes planean desarrollar negocios a través de la red (...) una legislación extraordinariamente exigente actúa como una barrera de ingreso para desarrollar el comercio electrónico. Se puede sugerir que lo deseable en este caso sería una legislación minimalista que, al menos garantizara un consentimiento real e informado por parte del usuario acerca del uso de sus datos personales.

»Redactada en términos de garantizar estas dos metas, la legislación capturaría aquella área en que el razonamiento económico y el jurídico convergen: la protección de las decisiones de los sujetos. En el primer caso por motivos de eficiencia y, en el segundo, por motivos de autonomía»⁴.

La exposición a que se encuentran las personas naturales y las personas jurídicas al dar sus datos personales al momento de concertar los más disímiles tipos contractuales, sobre todo a través de Internet hoy se han multiplicado. «las posibilidades de uso indebido de los datos personales son notables porque exponen a las personas a riesgo de que sus propios datos personales sean objeto de abusos y explotación comercial y hasta de la identidad» (FLAMINI), «cuándo jurídicamente es posible oponer un *derecho a la privacidad* para detener la invasión de lo público» (TAPIA RODRÍGUEZ), «la tecnología actual permite tanto a las empresas privadas como a las autoridades públicas utilizar, como nunca antes, datos persona-

³ DE LA MAZA, GAZMURI, Iñigo, «Privacidad y comercio electrónico», en *Derecho y Tecnologías de la información*, bajo su coordinación, Fundación Fernando Fueyo Lanieri, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, p. 265.

⁴ *Idem*, p. 13.

les en la realización de sus actividades y, siempre con mayor frecuencia, los mismos privados hacen públicos en la red mundial, información personal que les concierne» (LAROCCA). «El riesgo de vulnerar los derechos de los demás, incluso de naturaleza existencial, también se amplifica por la velocidad y la disponibilidad de las tecnologías de comunicación a distancia: pensemos en los casos de divulgación de vídeos o fotos que involucren a más personas y en la identificación de las responsabilidades, pero especialmente el problema de cómo evitar anticipadamente la lesión de los derechos fundamentales que el procesamiento y la comunicación de los datos pueden causar a estos derechos» (RUGGERI).

Como ha dejado sentada la Corte Constitucional de Colombia en su paradigmática Sentencia T 260-12 *«dentro de las prerrogativas —contenidos mínimos— que se desprenden encontramos, por lo menos, las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer —acceso— la información que sobre ellas está recogida en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos o archivo, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular —salvo las excepciones previstas en la normativa (...) la protección del derecho fundamental del habeas data tiene como finalidad la protección de los datos en un mundo globalizado, en el que el acceso a la Sociedad de la Información y el conocimiento es cada vez mayor. Esta protección responde, además, a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la intimidad, el buen nombre, el honor y la honra».*

«La afectación de los derechos fundamentales en redes sociales como el Facebook puede generarse en el momento en el cual el usuario se registra en la red escogida, durante su participación en la plataforma, e incluso en el momento en que decide dejar de utilizar el servicio. (...) se señala que el primer momento crítico se sitúa al momento del registro del usuario y la configuración del perfil, pues este incidirá en el derecho a la intimidad y en el honor y la honra en caso de que el usuario no establezca adecuadamente su perfil de privacidad en el momento del registro, ya sea por desconocimiento o porque la red no disponga de estas opciones de configuración. Los derechos de los usuarios pueden verse afectados además con la publicación de contenidos e información en la

plataforma —fotos, vídeos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos—, ‘pues los alcances sobre la privacidad de los mismos pueden tener un alcance mayor al que consideró el usuario en un primer momento, ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, de capacidad de procesamiento y de análisis de la información facilitada por los usuarios’⁵.

No menos interesante ha sido el caso resuelto por la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo. El 5 de marzo de 2010, el Sr. Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos una reclamación contra La Vanguardia Ediciones, S. L., que publica un periódico de gran difusión, concretamente en Cataluña (*La Vanguardia*), y contra Google Spain y Google Inc. Esta reclamación se basaba en que, cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google («Google Search»), obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia*, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del Sr. Costeja González.

Mediante esta reclamación, el Sr. Costeja González solicitaba, por un lado, que se exigiese a *La Vanguardia* eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos. Por otro lado, solicitaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de *La Vanguardia*. En este marco, el Sr. Costeja González afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

El asunto que llegó hasta la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo, culminó con la Sentencia de 13 de mayo de 2014 en un litigio en que la petición de decisión prejudicial versó sobre la interpretación de los artículos 2, letras b) y d), 4, apartado 1, letras a) y c), 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31), y del artículo 8

⁵ Vid. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-260-12.HTM>, consultada el 23 de julio de 2016.

de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

En tal sentido la Gran Sala se pronunció entre otros extremos, afirmando que *«Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate»*. El fallo, no obstante, ha sido criticado, *«pues si bien representa un mecanismo de garantía del derecho al buen nombre de la persona afectada por la difusión de la noticia, implica a la vez un sacrificio innecesario del principio de neutralidad de internet y, con ello, de las libertades de expresión e información. De hecho, en las consideraciones de esta sentencia no se hace explícita una ponderación o una fórmula orientada a establecer un adecuado balance entre los derechos en conflicto. Sus motivaciones se orientan en exclusiva a determinar cómo debía interpretarse el contenido de una Directiva Comunitaria relativa al tratamiento de datos»*⁶. El tema se enmarca en lo que se ha denominado el derecho al olvido, o sea, el derecho que tiene una persona a no ser indefinidamente expuesta a daños por razón de mantener una publicación legítimamente dada a conocer, por la reiterada publicación de la noticia cuando ha transcurrido un tiempo prudencial, razón por la cual se

⁶ La crítica viene de la propia jurisprudencia constitucional colombiana en la mencionada Sentencia T-277/15.

pretende legitimarle para remover los datos de Internet y los motores de búsqueda. El derecho al olvido puede erigirse en una vía de protección al derecho a la privacidad y a la intimidad de las personas, pero como nos avizora en su trabajo la profesora LAROCCA puede también convertirse en «un peligroso antagonista de la investigación histórica. Para operar un control sobre la memoria de los eventos, el titular de este derecho usa la retórica de la protección de la personalidad para mantener el control sobre la propia imagen externa: se evoca el valor de la integridad, pero el objetivo real es únicamente la libertad de poder manipular el prójimo, de construir relaciones humanas distorsionadas por la falsedad. (...) El derecho al olvido, entendido en estos términos, es una reacción (equivocada) al miedo de los prejuicios. En lugar de esconderse de los (pre)juicios de los otros, se debería proporcionar los instrumentos con el fin de llevar a la luz los miedos para poderlos superar. Es una ilusión creer que llamando al derecho al olvido quienquiera pueda ganar su pequeño cono de sombra»⁷.

⁷ Con una posición más ecléctica en relación con el derecho al olvido es dable consultar la Sentencia T-277/15 de la Corte Constitucional de Colombia que resolvió un caso, en que, en apretada síntesis, se solicitaba al juez de tutela que protegiese los derechos fundamentales de la accionante al buen nombre, intimidad, debido proceso, petición y al trabajo, que consideró lesionados por parte de la Casa Editorial *El Tiempo*, luego de que en una publicación aquel medio informara de la captura y posterior vinculación de la accionante a un proceso penal por el delito de trata de personas. A juicio de la accionante, la negativa de *El Tiempo* a eliminar dicha publicación, pese a conocer que la actora nunca fue vencida en juicio (operó la prescripción de la acción penal), hace necesaria la intervención del juez de tutela. Adicionalmente, la accionante planteó como una situación de vulneración de sus derechos, el que el portal de Internet del medio que contiene la noticia apareciese dentro de los resultados que arroja el motor de búsqueda Google, al utilizar su nombre como descriptor. En consecuencia, pide que se ordene a la Casa Editorial *El Tiempo* que «baje» y borre de los motores de búsqueda de internet, y en especial de Google.com, cualquier información negativa respecto a su captura y supuesta relación con el delito de trata de personas.

Por su parte la Sala considera la necesidad de precisar las condiciones y los casos en que se hace procedente la restricción de acceso a la información en relación con las noticias que informen al público sobre hechos delictivos o procesos judiciales, o sea, aquellos «*casos de publicación de noticias referidas a procesos de naturaleza penal o que den cuenta de la comisión de delitos por parte de personas determinadas, pues en estos asuntos los implicados se encuentran expuestos a ver lesionados sus derechos fundamentales debido a la difusión de datos que los asocian con violaciones de normas de carácter penal. Adicionalmente, la restricción de acceso resulta procedente en eventos en los cuales la posibilidad de consultar la noticia permanece de forma constante e ininterrumpida en el tiempo, por ejemplo, debido a estar publicada en internet y ser ubicable por medio de los buscadores web. Por último, se aclara que si se trata de un personaje con notoriedad pública o un servidor público, o los hechos que registra la noticia responden a la comisión de delitos de lesa humanidad o que hayan lesionado de forma grave los*

En fin, la era tecnológica en la misma medida e intensidad que nos hace más viable la vida, más dúctil y nos permite el acceso a una información que necesitaríamos más de una vida para poder estudiarla, multiplica los quehaceres del Derecho, del cual tampoco escapa el Derecho de daños.

Y de ello también da cuenta un interesante y curioso fallo jurisprudencial francés pronunciado en junio de 2015 por el Tribunal Contencioso de la Incapacitación de Toulouse, del que nos detalla el profesor peruano GABRIEL RIVERA, a cuyo tenor, se concede a una persona una pensión de un promedio de 800 euros mensuales dadas las consecuencias que produce en ella el padecer el Síndrome de Hipersensibilidad Electromagnética (HSE), esto es, ser muy sensible a las ondas electromagnéticas (por ejemplo, al Wifi) lo que para cualquier otra persona no pasaría de ser un mecanismo que potencia el desempeño profesional en muchos aspectos.

De modo que estaríamos frente al primer caso con una sentencia de por medio en el cual un Tribunal ha establecido que una herramienta tan común y propia de la vida moderna como es el Wifi sería la causa de los daños que se producen en una persona dando fundamento a que la Seguridad Social de dicho país se encargue de asumir el costo que implica la pensión respectiva⁸.

En fin..., Internet y la era digital son un perenne reto a la imaginación del más sabio de los mortales...

La Habana, 27 de julio de 2016.

derechos humanos, el acceso a la información generada no debe restringirse, pues estos sucesos hacen parte del proceso de construcción de memoria histórica nacional, por lo que su difusión excede el interés personal del individuo» (...).

»En consecuencia, la Sala estima que para lograr una protección efectiva de los derechos de la accionante, el medio de comunicación deberá, por medio de la herramienta técnica 'robots.txt', 'metatags' u otra similar, limitar el libre acceso a la noticia 'Empresa de Trata de Blancas', ello para neutralizar la posibilidad de libre acceso a partir del nombre de la accionante, sin perjuicio de que la información actualizada se mantenga intacta. Si bien esta medida representa una limitación al derecho a la libertad de expresión de la Casa Editorial El Tiempo, esta es menos lesiva que aquella que ordena la eliminación de la información de red, por cuanto al menos permite que el suceso que dio lugar a la noticia sea publicado, sin que se altere la verdad histórica en relación con los sucesos acontecidos.

»De igual manera, esta medida debe ir acompañada de la actualización del artículo, de tal forma que se garantice el derecho de los receptores de la comunicación a acceder a información veraz e imparcial. Debe entonces, reportarse en forma completa el desenlace del proceso al cual fue vinculada la actora».

⁸ GABRIEL RIVERA, José Luis, «Hipersensibilidad al... ¿Wifi? (A propósito de un reciente pronunciamiento francés)», pp. 1-2, en *Polemos*. Portal Jurídico Interdisciplinario, en <http://www.polemos.pe> (publicado el 10 de noviembre de 2015).

LA TUTELA DE LOS DATOS PERSONALES EN LOS CONTRATOS DE LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN

LUCIA RUGGERI

*Profesora de Derecho Civil
Univesidad de Camerino (Italia)*

SUMARIO: 1. Sociedad de la información y acceso a la Red. Hacia un Single Digital Market europeo.– 2. Necesidad de un enfoque metodológico atento al caso concreto. Situaciones con caracteres existenciales y situaciones patrimoniales. Comunicaciones comerciales y no comerciales.– 3. Tipologías de datos y diferenciación de las protecciones.– 4. Los contratos de acceso a la red.– 5. Los servicios prestados. El problema de la cesión gratuita.– 6. La calidad de los servicios prestados. El uso del *Service Level Agreement* (SLA).– 7. El *Data Protection Service Level Agreement*.– 8. Nuevas perspectivas de reglamentación de los datos personales en el mercado europeo y mundial.

1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y ACCESO A LA RED. HACIA UN SINGLE DIGITAL MARKET EUROPEO

El uso de tecnologías de comunicación a distancia tiene una connotación a nivel mundial sobre la sociedad actual que ve en la información un recurso estratégico fundamental¹ para el crecimiento económico y para la transformación y la evolución de los patrones sociales. La información surge como producto de la tecnología que, al igual que otros recursos eco-

¹ En tal sentido ver, G. SIRILLI, *Società dell'informazione*, en *Enc. della Scienza e della tecnica*, 2008, p. 1 y ss.

nómicos, puede ser objeto de transacciones comerciales; la delimitación de la información como un bien² ha inducido a los juristas a identificar una noción de bien informático sobre cuya naturaleza y sobre cuyas características existe todavía un debate abierto.

En una primera lectura³ el concepto de bien informático se ha identificado con un sistema de procesamiento que permite la lectura y el uso de datos, el así llamado *hardware*, pero también, más en concreto, con los programas que permiten usar el *hardware* mismo⁴. El desarrollo de tecnologías que permiten disfrutar a distancia de los servicios informáticos ha ampliado la categoría de los contratos con objeto informático permitiendo incluir los contratos de suministro de servicios complejos (procesamiento de datos, asistencia y mantenimiento a distancia, *outsourcing*, *application service*, etc.), en línea con el proceso de «objetivización» de los servicios.

La información, esta perspectiva diferente, surge como un medio y, al mismo tiempo, como un valor fundamental de la organización social: esta es un bien, ya que es económicamente valorable y susceptible de apropiación, pero al mismo tiempo se constituye en un derecho de cuya ejecución se encarga el contrato de acceso a la Red. La información, entonces, se constituye en un valor a cuyo procesamiento tienden todas las empresas que se basan en ella. A nivel mundial, sin lugar a duda, la contratación que más se ha desarrollado en términos cuantitativos está constituida por el contrato de acceso a la Red⁵: es a través de este contrato que se produce masivamente el objetivo de crear una sociedad de la información⁶.

² Sobre el tema ver, P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, en *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 326 y ss.

³ Sobre el tema ver, D. VALENTINO, *La fornitura di servizi informatici*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, Nápoles, 2011, p. 234 y ss.

⁴ Sobre la divisibilidad entre la adquisición del *hardware* y la adquisición del *software* ver, reciente Cas., 11 de septiembre de 2014, n. 19161. Para los problemas sobre abuso de dependencia tecnológica presentes en estas tipologías de contratos ver, F. LAZZARELLI, *L'equilibrio contrattuale nelle forniture di sistemi informatici*, Nápoles, 2010, *passim*.

⁵ La figura está reglamentada por la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, reconocida en Italia con el Dlgs. 70/2003. Sobre la definición de tal contrato ver, para todos, I.P. CIMINO, *I contratti degli Internet Providers e per i Data Services on line*, en *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, di G. Cassano e I.P. Cimino, Milán, 2009, pp. 3 y ss.

⁶ La Sociedad de la Información se ha convertido en el eje portante de la estrategia de relanzamiento del mercado europeo a partir del Consejo Europeo de Lisboa. En este sentido cfr. *Una società dell'informazione per tutti*, Comunicación relacionada con una iniciativa de la Comisión con ocasión del Consejo europeo extraordinario de Lisboa (23-24 marzo 2000), COM/99/0687 def.

Bajo esta perspectiva, los contratos de la sociedad de la información, son contratos que caracterizan a los mercados en los que la información es vista como motor ineludible del desarrollo económico.

Nace así la expresión⁷ «sociedad de la información», cuyo contenido es tan amplio que recubre una múltiple gama de servicios (financieros, crediticios, publicitarios), y también de tipo cultura y de formación. Europa ha adoptado esta terminología a partir de 1999 mediante su introducción en el plano *eEurope*, cuya acción todavía está en acto, a través de la iniciativa *Digital Agenda for Europe* que ve entre los objetivos estratégicos que Europa se ha fijado para el 2020 la creación del *Digital Single Market* (DSM)⁸. En el DSM los bienes y servicios deben ser accesibles a todos a través de Internet sin que existan más diferencias debido al hecho de que una persona o una sociedad residan en un país o en otro. El DSM es el centro de una específica Comunicación de la Comisión adoptada en mayo de 2015⁹ y parece actuar como una respuesta europea a un fenómeno mundial objeto de atenciones especiales incluso por parte de la ONU la cual, con cumbres especiales dedicadas a la sociedad de la información¹⁰, promueve cada vez más una sociedad que a través de la información se convierta en una sociedad del conocimiento¹¹.

⁷ El debate sobre el origen de la expresión está todavía abierto. Sobre el tema ver, *Società dell'informazione*, en *Lessico del XXI secolo*, pp. 1 y ss.

⁸ Para información sobre *Digital Single Market* ver, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/digital-single-market>.

⁹ Se trata de la «Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Strategia per il mercato unico digitale in Europa», COM (2015) 192 Final del 6 mayo 2015, consultable en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>.

¹⁰ Se hace referencia a los *World Summit on the Information Society* (WSIS) llevados a cabo en Ginebra en el 2003 y en Túnez en el 2005, de los cuales se han originado encuentros anuales en programa en Ginebra y dedicados a la implementación de la sociedad de la información.

¹¹ En Europa el debate sobre la promoción de una sociedad del conocimiento es amplio. Para un análisis ver, *White paper on education and training. Teaching and learning. Towards the learning society*, consultable en la siguiente dirección http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com95_590_en.pdf.

2. NECESIDAD DE UN ENFOQUE METODOLÓGICO ATENTO AL CASO CONCRETO. SITUACIONES CON CARACTERES EXISTENCIALES Y SITUACIONES PATRIMONIALES. COMUNICACIONES COMERCIALES Y NO COMERCIALES

La evolución de la sociedad de la información hacia una sociedad del conocimiento¹² impone al jurista un análisis cuidadoso de las modalidades de acceso y uso de la Red, un *medium* ahora inevitable y fundamental para la promoción no sólo de los mercados, sino también de las relaciones de tipo no mercantiles capaces de operar más allá de todas las fronteras geográficas. En esta perspectiva, la sociedad de la información no se puede entender si no se utilizan los instrumentos de lectura de tipo sistemático y axiológico¹³ con el fin de poder evaluar las prácticas y los comportamientos, probando no solo la mera legalidad sino también su mérito¹⁴. Un parámetro clave para determinar hasta qué punto la información pueda ser dada, transmitida y propagada está constituido por la comparación del hecho con el valor de la confidencialidad que, cuando se refiere a individuos, es en sí misma una expresión de la dignidad humana¹⁵. El tema es complejo: acceder y utilizar información son actividades por sí mismas opacas, para comprender el alcance y hacer una evaluación es necesario usar un análisis en profundidad del caso concreto ¿Quién pide acceso a la Red? ¿Quién suministra el acceso? ¿A qué información se está accediendo o qué información se está dando? ¿Por qué se solicita el acceso a la información o se accede a la red?

Una primera distinción importante parece que debe ser hecha teniendo en cuenta la naturaleza de los intereses; si la información se refiere a situaciones patrimoniales o si la misma tiene que ver con situaciones

¹² Sobre los valores económicos del conocimiento y sobre las problemáticas jurídicas surgidas a partir de éste ver, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, en *Dir. informatica*, 2008, pp. 141 y ss.

¹³ Para una jurisprudencia de los valores, cuidadosa a interpretar las disposiciones de ley en función de la aplicación de los valores propios del sistema jurídico ver, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Nápoles, 1972, p. 20 y ss.

¹⁴ Sobre la necesidad de operar siempre un juicio basado en el mérito sobre la autonomía privada incluso cuando esta opere en un contexto transnacional ver, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, 2006, pp. 334 y ss.

¹⁵ Sobre la relación entre la protección de los datos personales y la dignidad humana ver, G. SARTOR – M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, en *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura de G. Resta y V. Zeno Zencovich, Roma, 2015, pp. 99 y ss.

existenciales¹⁶. Por ejemplo, en la hipótesis en que el contrato de acceso a la Red haya sido un instrumento para perjudicar a terceros ajenos al contrato, para proteger a los individuos portadores de los derechos fundamentales, se puede encontrar justificación la obligación de comunicación de los datos de identificación de los autores de los ilícitos a las autoridades competentes y actividades de control, recolección y almacenamiento de los datos, a menudo previstas por el código de autodisciplina adoptados por los *providers*¹⁷. Por el contrario, la naturaleza puramente económica de los derechos, tales como el derecho patrimonial de autor y los derechos de propiedad industrial, debería conducir a la elaboración de soluciones jurídicas diferentes cuando, con el acceso a la Red, se hayan violado los derechos de este tipo de los cuales sean titulares terceros. En estas hipótesis, de hecho, una tutela óptima no debe pasar por una transformación de los *providers* a vigilantes, sino con formas de protección diferente de la así llamada exclusiva, tradicionalmente adoptada para la protección de estos derechos en mercados no digitales. En este sentido, por ejemplo, se dirigen las propuestas que prevén *royalties* a favor de los propietarios de obras protegidas por los *providers* quienes, a su vez, si lo consideran oportuno, pueden gravar el costo sobre los usuarios finales¹⁸.

Una segunda distinción podría ser efectuada mirando la razón por la cual la información se proporciona o se solicita: con fines comerciales o no comerciales, con fines privados o públicos, para poner en práctica los derechos fundamentales, etc. El propósito de la circulación de la información determina una regulación diferente de la relación contractual: por ejemplo, para Europa, la Directiva 2002/58 que prohíbe comunicaciones comerciales no solicitadas introduciendo así diferentes regímenes disciplinarios para la información, distinguiéndola entre comercial y no comercial y entre comercial solicitada y comercial no solicitada.

El análisis de los datos informativos transmitidos en la Red se complica aún más, convirtiéndose en un arduo banco de prueba, porque obliga

¹⁶ En esta perspectiva las soluciones ofrecidas para la protección de la confidencialidad de los individuos podría ser diversa respecto a las soluciones ofertas para proteger el derecho de autor u otros derechos patrimoniales en la Red. Así, M. GAMBINI, *La responsabilità civile telematica*, in *Internet e Diritto civile*, a cura de C. Perlingieri y L. Ruggeri, Nápoles, 2015, pp. 322 y ss.

¹⁷ Ver, por ejemplo, el art. 7 del Código de Auto-reglamentación para los servicios Internet adoptado por la Asociación Italiana Internet Providers.

¹⁸ Sobre el tema ver, C. GALLI, *Il diritto d'autore e la tutela della proprietà industriale sulla rete*, in *Internet e Diritto civile, cit.*, pp. 171 y ss. y P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, en *Rev. der. civ.*, 1998, pp. 646 y ss.

a los juristas a confrontarse con categorías ya no ancladas en legislaciones nacionales, sino utilizadas en cada nación y más allá de la previsión de las autoridades nacionales. Abordar este tema permite abrirse a una concepción diferente de los sistemas jurídicos en los que el elemento de la territorialidad ya no es una premisa ineludible¹⁹ y en el que cualquier actividad realizada por el hombre puede ser evaluada no sólo desde una perspectiva nacional, sino global. En este complejo escenario emerge, con diferentes connotaciones, una libertad, así llamada informática²⁰ para proteger a los individuos de usos abusivos de las tecnologías de la información y que permita no sólo impedir la difusión de información de carácter privado, sino también controlar los datos acerca de la persona y que se han convertido en elementos de un programa electrónico²¹.

3. TIPOLOGÍAS DE DATOS Y DIFERENCIACIÓN DE LAS PROTECCIONES

A complicar aún más el panorama contribuye el desarrollo mismo de la sociedad de la información: la circulación de datos es puesta como fundamento de la organización social y económica y, en consecuencia, la *privacy* en una sociedad digital cambia de contenido convirtiéndose gradualmente, pero inexorablemente en un derecho a controlar la circulación de sus datos en lugar de un derecho a no verlos recolectar o almacenar. Este es un ejemplo de la profundidad de la interacción entre la realidad jurídica y la realidad social y económica: se ha pasado, con el advenimiento de la *Information and Communication Society*, del *right to be alone* a un poder de controlar el procesamiento y uso de información acerca de la persona²².

¹⁹ Sobre el punto ver, las profundas reflexiones de P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, en *Internet e Diritto civile*, cit., pp. 61 y ss.

²⁰ Sobre el nacimiento de la así llamada libertad informática ver, V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, en *Infor. Dir.*, 1988, I, pp. 2 y ss.

²¹ Sobre los contenidos de la así llamada libertad informática v. A. ZORNOZA, *Apps e protezione dei dati: diritto di opposizione*, en *Internet e Diritto civile*, cit., pp. 520 y ss.

²² Sobre el tema ver, R. SICA, *La tutela dei dati personali*, en *Manuale di diritto dell'informatica*, Nápoles, 2011, pp. 96 y ss., el cual habla sobre el derecho de «secuela» de los datos. Sobre la transformación del concepto de *privacy* a continuación de la difusión de las tecnologías de comunicación a distancia ver, para todos, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, 1995, *passim*; F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, en *Tutela della privacy*, *Commentario*, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, pp. 229 y ss.

Según la actual Directiva Europea sobre la protección de los datos personales²³, el objeto de control está constituido por:

- a) cualquier información que directa o indirectamente identifica o permita la identificación de una persona (datos que el código de confidencialidad italiano²⁴ denomina «identificativos»).
- b) información apta para revelar aspectos de la persona que necesitan protección especial, como el origen racial o étnico, las convicciones religiosas, filosóficas, las opiniones políticas, la adhesión a organizaciones de tipo político, religioso, filosófico o sindical, el estado de salud y la vida sexual (datos que el código de confidencialidad italiano denomina «sensibles»).

En la ley italiana, la Directiva Europea sobre los datos personales ha sido introducida mediante una protección especial para los datos judiciales y previendo, con una disposición especial, el artículo 17 del Código de confidencialidad, la protección de la información que, si bien no integra un dato sensible o judicial, representa riesgos para los derechos, las libertades y la dignidad de la persona cuya información es procesada, comunicada o difundida.

La solución normativa italiana es un testimonio de cuán difícil es concebir la protección jurídica de los datos personales en una perspectiva uniforme y global sin tener en cuenta las tradiciones y culturas jurídicas en las que se utiliza la categoría. El sistema jurídico italiano, a diferencia de otros ordenamientos, se caracteriza por un sistema abierto de derechos humanos y refugia, por lo tanto, las libertades personales y los derechos fundamentales que sean obligatorios. La presencia de una cláusula general para la protección de la persona que figura en el art. 2 de la Constitución y, aún más, la presencia del art. 41 de la Constitución, en la que se subordina el mérito de cada actividad económica al respeto de la utilidad a nivel social, de la seguridad y de la dignidad de la persona, constituyen el fundamento principal de la elección hecha por el legislador italiano en el art. 17 del Código de confidencialidad.

En este contexto, el dato personal, debido a su relación ineludible con la persona, constituye un nuevo bien de posible circulación y, por

²³ Si hace referencia a la Directiva 95/46/CE sobre la protección de los datos personales.

²⁴ El así llamado Código de confidencialidad que aplica la directiva europea está contenido en el Dlgs. 30 junio 2003, n. 196 que aplica el Código en materia de protección de los datos personales.

lo tanto, de negociación, pero no en una perspectiva de apropiación en términos propietarios, sino reducidamente en términos de «tratamiento»²⁵. La autorización dada por el usuario para el tratamiento y la difusión de los datos no constituye una cesión del bien, incompatible con el contenido existencial de la información, sino un tratamiento de los datos para fines que puedan ser de interés al *provider* (por ejemplo, perfilado para un *marketing* dirigido)²⁶ y, siempre, bajo el respeto de los *standard* de garantía que, en Italia, son especificados por la autoridad garante de la protección de los datos personales.

La puesta en práctica del derecho a controlar el procesamiento de la información, en el ámbito europeo, se confía a un complejo y articulado sistema de responsabilidad basado en la delineación de figuras que tratan la información, es decir que la recolectan, registran, organizan, almacenan, seleccionan, extraen, comparan, usan o interconectan datos relacionados con las personas o comunican a otras personas o difunden información personal. Estos sujetos pueden ser identificados, sobre la base de sus poderes, como el propietario, el responsable y el encargado del procesamiento de datos. La normativa de la matriz europea debe conjugarse con el recurso de subcontratos, cada vez más frecuente en la práctica, a través de los cuales los datos recogidos de un sujeto vienen después archivados por otro operador, que a su vez hace uso de otros operadores. Existe, por lo tanto, una posible imperfecta coincidencia entre las figuras previstas por la legislación europea y las figuras que contractualmente son responsable por la recolección o el uso de los datos²⁷: se debe pensar en una empresa que recolecta los datos y que actúe como propietaria de los mismos, y una empresa controlada por ésta o relacionada con ésta, que actúe como responsable o encargada del procesamiento.

El uso de medios de comunicación electrónicos tales como las redes públicas para la transmisión de datos, ha conllevado a la puesta en marcha de una segunda legislación europea adoptada en el 2002²⁸ también

²⁵ Sobre el punto revisar, F. G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Nápoles, 2008, p. 298.

²⁶ El debate sobre la naturaleza del consentimiento dado al procesamiento de los datos personales ha sido muy amplio. Para Italia ver, entre otros, V. RICCIUTO, *Comunicazione e diffusione dei dati personali e trattamento dei dati particolari*, en *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, pp. 267 y ss.; A. FICI E E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, en *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura de R. Pardolesi, I, Milán, 2003, pp. 469 y ss.

²⁷ En ese sentido, ver A. MANTELERO, *Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali ed aziendali*, en *Dir. informatica*, 2010, pp. 675 y ss.

²⁸ Si trata de la Directiva 2002/58/CE.

dirigida específicamente a la protección de los datos, pero a diferencia de la Directiva 95/46/CE, dedicada exclusivamente a la protección de los datos de las personas en el sector de las comunicaciones electrónicas. Incluso el uso de redes de comunicación determina la aparición de nuevos problemas en el ámbito contractual: por ejemplo el acceso de forma gratuita dado por una red Wifi. La infraestructura tecnológica necesaria para permitir la conexión podría haber comportado una inversión considerable, cubierta recurriendo inclusive a recursos públicos. El suministro de la conexión permite a los usuarios, que en teoría podrían ser empresas, ofrecer ellas mismas servicios de la sociedad de la información utilizando la infraestructura para la cual no han incurrido en costos. La posibilidad de compartir el acceso con otros usuarios²⁹ y de operar un *business* crea nuevas problemáticas propias de la así llamada *sharing economy*³⁰ como, por ejemplo, la administración de los datos personales recolectados por el proveedor de WiFi, pero posteriormente, compartidos por otros usuarios a través de las cadenas de relaciones contractuales, no siempre transparentes.

El marco normativo europeo en materia de protección de los datos es, por lo tanto, lejos de ser uniforme debido al éxito, en un período relativamente corto, de las tecnologías de comunicación a distancia, más rápidas pero a la vez más invasivas³¹. Estas innovaciones tecnológicas, impulsadas

²⁹ Ver, para algunos concejos interesantes, A.M. GAMBINO, *I contratti di accesso*, en *Internet e diritto civile*, cit., pp. 196 y ss.

³⁰ Sobre el tema la literatura disponible es muy amplia. Entre otros ver, P. AIGRAIN, *Sharing: Culture and economy in the Internet Age*, Amsterdam, 2012 y G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, en *Mercato, regole e concorrenza*, 2015, pp. 245 y ss.

³¹ El legislador europeo se encuentra en problemas debiendo por una lado responder por las exigencias de seguridad de las solicitudes de acceso por parte de otros países a los datos bancarios, financieros o personales de los viajeros y por otra parte, tener que garantizar a sus ciudadanos un elevado estándar de protección de la confidencialidad. Es emblemática en este sentido la decisión tomada por la Corte de Justicia el 8 de abril de 2014 (asuntos reunidos C-293/12 y C-593/12) que declararon la invalidez de la Directiva Europea n. 2006/24/CE, y por lo que la ineficacia desde su entrada en vigor. La Directiva 2006/24 permite la preservación de los datos relacionados con las conversaciones telefónicas y el tráfico en Internet. El almacenamiento de estos datos ha sido juzgado por la Corte como un instrumento desproporcionado respecto al objetivo perseguido (lucha contra los delitos graves) ya que los datos memorizados y archivados eran capaces de detectar hábitos cotidianos, lugares de alojamiento, excursiones, actividades desarrolladas, relaciones sociales, etc. La Directiva era incompatible, en particular, con los derechos consagrados por la Carta de los Derechos Fundamentales, respecto a la vida privada (art. 7) y la protección de los datos de carácter personal (art. 8).

y apoyadas por Europa y alentado como conductores del mercado digital, conducen a ajustes continuos del contenido del dato objeto de protección; basta pensar en los problemas que plantea la circulación y el uso de los datos biométricos³² o genéticos³³.

La tecnología afecta, entonces, la identificación de los sujetos que utilizan los datos: pensemos en este sentido, en el desarrollo de las tecnologías de tipo API (*Application Programming Interface*) para entender cómo las figuras de los propietarios de los datos, el responsable y del encargado requieren una cuidadosa práctica del caso que identifique la cadena de distribución y utilización de los datos. Como se ha señalado³⁴, en una *app* los sujetos interesados pueden ser muchos y todos portadores de diferentes intereses: los fabricantes de sistemas operativos, los desarrolladores de aplicaciones, las *App Stores*, los proveedores de servicios de publicidad, los proveedores de servicios de análisis de datos, los propietarios de los derechos económicos sobre las *app* desarrolladas por otras personas, etc.

La tecnología, innovándose, permea ineludiblemente incluso el concepto abstracto de interesado al procesamiento de los datos: si el dato introducido implica múltiples sujetos de forma simultánea, el sistema de salvaguardias fundado sobre el consentimiento unilateralmente expresado por parte de quien emite el dato no es suficiente para satisfacer las exigencias de tutela y de protección de las cuales otros sujetos son portadores. En este caso, el uso compartido de los datos sobre el cual se basa la sociedad de la información constituye un nuevo reto para el abogado civil llamado a construir modelos de responsabilidad contractual y extracontractual que involucran en serie los contratantes y los terceros, cuyo número es potencialmente indefinible y cuyos intereses pueden ser muy diferentes entre sí. Para evitar involucrarse en asuntos legales en los términos y condiciones generales del contrato, formulados por los principales *content providers* es, por lo tanto, claramente precisado que el usuario es el único propietario de los contenidos introducidos en la Red, es el único responsable por los

³² El creciente uso de las huellas dactilares digitales y, más en general, de los datos biométricos para identificar a los usuarios de servicios ha llevado a la Autoridad para la Protección de datos personales italiana a adoptar directrices específicas con la resolución n. 513 de 12 de noviembre de 2014.

³³ El régimen de recolección y tratamiento del dato genético en Italia se rige por la resolución n. 590 de 11 diciembre de 2014 del garante para la protección de los datos personales.

³⁴ Sobre el punto revisar, A. ZORNOZA, *Apps e protezione dei dati: diritto di opposizione, cit.*, pp. 516 y ss.

daños causados a terceros y que el *provider* adquiere de estos contenidos tan sólo una licencia de uso que también puede utilizar en todo el mundo³⁵.

El riesgo de vulnerar los derechos de los demás, incluso de naturaleza existencial, también se amplifica por la velocidad y la disponibilidad de las tecnologías de comunicación a distancia: pensemos en los casos de divulgación de vídeos o fotos que involucren a más personas y en la identificación de las responsabilidades³⁶, pero especialmente el problema de cómo evitar anticipadamente³⁷ la lesión de los derechos fundamentales que el procesamiento y la comunicación de los datos pueden causar a estos derechos.

4. LOS CONTRATOS DE ACCESO A LA RED

La entera actividad contractual de los proveedores y de los usuarios de los servicios termina afectada por estos fenómenos: además de un derecho de acceso a la Red cada vez más en la línea de definición como

³⁵ Ver el punto 4 sobre las condiciones generales de Google Apps. «*Google no reclama ningún derecho de propiedad o control sobre contenidos enviados, publicados o visualizados por el usuario en o a través de los servicios Google. El usuario o tercero proveedor de licencias, según el caso, retiene todas las patentes, marcas y derechos de autor sobre los contenidos enviados, publicados o visualizados por el usuario en o a través de los servicios Google; el usuario también es responsable por la protección de tales derechos, según corresponda el caso. Enviando, publicando o visualizando contenidos en o a través de los servicios Google destinados a estar a disposición del público, el usuario concede a Google una licencia no exclusiva, a nivel mundial y no sujeta a derechos de autor para reproducir, adaptar, modificar, publicar y distribuir tales contenidos en los servicios Google, con el único fin de visualizar, distribuir y promocionar los servicios Google. Google se reserva el derecho de publicar los contenidos enviados, publicados o visualizados por el usuario en o a través de los servicios Google y de utilizar tales contenidos en relación con cualquier servicio ofrecido por Google. Google también se reserva el derecho a rechazar, aceptar, publicar, visualizar o transmitir cualquier contenido a su entera discreción*».

Significativamente se aclara después que «*El usuario manifiesta y garantiza que dispone de los derechos, el poder y la autoridad necesarios para conceder los derechos aquí descritos sobre cualquier contenido enviado*».

³⁶ Emblemática la reversión de las soluciones jurídicas que tuvo lugar en un caso italiano de divulgación, a través de YouTube, de un vídeo de un niño discapacitado acosado por sus compañeros. En una primera condena de Google, presunta responsable por no haber vigilado el contenido del vídeo violando así las leyes sobre la *privacy*, le siguió una sentencia absolutoria, confirmada posteriormente en Casación (ver Cas. Pen., Sec. III, 17 de diciembre de 2013, n. 5107).

³⁷ El problema de las soluciones efectivas para la violación de la *privacy* en Red es objeto de múltiples estudios por parte de la Unión Europea. Cfr. <http://www.coe.int/en/web/internet-users-rights/effective-remedies>.

un derecho fundamental global³⁸, se han desarrollado tipologías de acuerdos contractuales con el objetivo de suministrar el servicio de acceso, objeto de crecientes regulaciones específicas por parte de los legisladores nacionales. Los contratos de suministro de acceso a la Red, por lo tanto, constituyen un nuevo tipo de contrato presente en la legislación nacional, pero son el resultado de un fenómeno impuesto por la realidad social constituido por el uso masivo de Internet.

Los contratos de acceso a Internet son contratos que, si bien teóricamente pueden ser estipulados por cualquier persona, de hecho, debido a una serie de requisitos reglamentarios y tecnológicos, ven como una parte necesaria de la relación contractual a un Internet Service Provider (ISP), es decir un organismo de intermediación que eroga diferentes servicios los cuales constituyen el objeto de la ejecución del contrato. El contrato con la ISP puede consistir en proporcionar acceso a Internet a través de una conexión con o sin cables, proporcionar un correo electrónico, dar un espacio en el *server* para almacenar información e incluso en suministrar contenidos en línea. La legislación italo-europea regula las relaciones entre el usuario del servicio y el proveedor de manera parcial e incompleta³⁹ Teniendo en cuenta específicamente las relaciones del proveedor con terceros perjudicados por el contrato⁴⁰, pero sin dictar normas *ad hoc* sobre la relación contractual y sin contemplar las figuras de *providers* emergidas

³⁸ Para Italia ver el art. 2 de la Declaración de los derechos de Internet adoptada el 28 julio 2015 por la Comisión para los derechos y deberes relacionados con Internet de la Cámara de Diputados. Sobre el tema el debate es amplio e implica múltiples disciplinas. Para todos ver, L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, en *Pol. dir.*, 2012, II-III, 263; R. PISA, *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, www.treccani.it. y T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, en *Il diritto di accesso ad Internet*, a cura de M. Pietrangelo, Nápoles, 2011, pp. 23 y ss.

³⁹ Sobre el tema, ver M. GAMBINI, *La responsabilità civile telematica*, *cit.*, pp. 317 y ss., expresa dudas sobre la necesidad de una nueva legislación europea e invoca el uso de principios y normas que ya están presentes en el sistema, y que si interpretadas adecuadamente, puede dar solución satisfactoria a las nuevas necesidades que surgen de la realidad virtual.

⁴⁰ La directiva europea sobre el comercio electrónico identifica tres tipos principales de servicios relacionados con la actividad de acceso a Internet: mero transporte de la información proporcionada por terceros sin almacenamiento de los contenidos (también llamadas actividades de mero conduit), almacenamiento temporal (llamado caching), prestación de uno espacio en el server (llamado hosting), relacionando a estas actividades formas de responsabilidad graduadas. Sobre el tema, cfr. M.L. GAMBINI, *La responsabilità civile telematica*, *cit.*, pp. 313 y ss. y, más en profundidad, ID., *La responsabilità civile dell'Internet Service provider*, Nápoles, 2006, *passim*.

recientemente como aquellas de los así llamados *content providers*. La identificación de la disciplina contractual, por lo tanto, es conducida de nuevo a la actividad hermenéutica que resulta ser crucial para entender si y en qué medida la reglamentación, fruto de la autonomía privada, pueda denominarse como ejercida de una manera digna de protección, teniendo en cuenta los delicados perfiles tales como la protección de datos proporcionada por el cliente al prestador y la protección de terceros ajenos al contrato, pero de esto de alguna manera beneficiados o perjudicados por el uso de los datos suministrados por el cliente. Una indicación importante, sin embargo, sucedió recientemente en el ámbito europeo mediante la Directiva 2011/83/UE la cual define como venta los contratos en los que el consumidor reciba bienes y servicios a la vez y, como un contrato de servicio la relación cuyo objeto sea constituido exclusivamente por la prestación de un servicio⁴¹.

En cualquier caso, como pueda ser finalizado/desviado el reglamento contractual en los contratos de prestación de servicios a distancia con el fin de garantizar un procesamiento apropiado de los datos personales es una cuestión que puede resolverse únicamente procediendo con un análisis de caso por caso⁴².

Por esta razón, es oportuno afrontar el tema distinguiendo los contratos sobre la base de los servicios prestados, a la presencia de usuarios que sean personas físicas o jurídicas⁴³, al uso del servicio para fines profesionales, a la nacionalidad de los contrayentes. Este enfoque metodológico es de considerarse, en un cierto sentido, obligatorio cada vez que se tenga que ver con contratos estipulados a distancia beneficiándose de la Red en un mercado abierto de dimensiones globales⁴⁴.

⁴¹ Ver, art. 2 números 5 y 6 de la Directiva.

⁴² El tema de la relación entre las transacciones comerciales y la protección de los derechos fundamentales es objeto de especial atención en el mundo en la ONU. En este sentido, para una visión en conjunto de los problemas, ver *Guiding Principles on Business and Human Rights*, Human Rights Council, 2011 consultable en el sitio http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

⁴³ La diferencia entre las personas físicas y jurídicas requiere una diversificación de las salvaguardias. Pensemos a las normas que protegen los datos en materia de comunicaciones electrónicas que, específicamente, son dictadas para proteger a los usuarios que sean personas físicas. Así se afirma expresamente en el art. 2, let. a) de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 12 julio 2002, Sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la vida privada en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la vida privada y las comunicaciones electrónicas).

⁴⁴ Utiliza este enfoque, G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura de D. Valentino, *cit.*, pp. 275 y ss.

5. LOS SERVICIOS PRESTADOS. EL PROBLEMA DE LA CESIÓN GRATUITA

Un perfil interesante para indagar lo constituye la tipología de servicios prestados por el *provider*⁴⁵. El *provider* sólo puede suministrar el acceso a la Red (llamado el *access provider*) o agregar a este servicio otros servicios de comunicación, como correo electrónico, impresión de fotos *on line*, *web hosting* (llamados *service provider*) o incluso agregar contenidos, tales como periódicos y enciclopedias *on line*, motores de búsqueda (llamados *content providers*). La variedad y multiplicidad de servicios suministrados a menudo requiere la creación de un «pool» de proveedores que trabajan en red mediante relaciones contractuales enlazadas con el fin de llevar a cabo la misma transacción económica. El acceso a Internet y otros servicios prestados por el *provider* son el contenido de un acuerdo contractual⁴⁶ que se caracteriza por la celebración telemática, a través del así denominado *point to click*⁴⁷ y por un contenido realmente variado y complejo en el cual, sin embargo, siempre está presente, para la celebración del contrato, la concesión de los datos personales por parte del usuario. El fenómeno se advierte particularmente en los contratos de las así llamadas *social networks*⁴⁸, en donde para la creación del perfil, ineludible es el suministro por parte del usuario del servicio, de los datos personales. La adhesión del usuario al servicio se realiza mediante un proceso de registro cuya naturaleza es controvertida: para algunos⁴⁹, de

⁴⁵ Para un análisis sobre los tipos de delitos introducidos por la legislación europea y aplicados por Italia con el decreto legislativo ver, R. BOCCHINI, *La responsabilità extra-contraattuale del provider*, en *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura de D. Valentino, cit., pp. 132 y ss.

⁴⁶ En teoría, en referencia a la utilización de técnicas de comunicación a distancia, se ha incluso establecido un intercambio sin acuerdo. Sobre el tema ver, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 y 360. Sobre el tema ver la reflexiones críticas de, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, en *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 538 y ss.

⁴⁷ Para la configuración de una nueva categoría contractual caracterizada por el llamado *point to click* ver, V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, p. 165; F. DELFINI, *La tutela del consumatore on line (dalla Direttiva 97/7/CE alla direttiva 2011/83/UE)*, en *Internet e Diritto civile*, cit., pp. 348 y ss.

⁴⁸ Para una discusión detallada de estas tipologías contractuales ver, C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Nápoles, 2014, *passim*.

⁴⁹ En esta perspectiva, cfr. C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in *Internet e Diritto civile*, cit., pp. 211 s.; F. BILOTTA, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in *Il trattamento dei dati personali*, a cura de V. Cuffaro y V. Ricciuto, Torino, 1999, II, pp. 89 y ss.; F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, en *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 157 y ss.

hecho, al momento de adherirse el usuario estaría aceptando una propuesta contractual, mientras que para otros⁵⁰ la adhesión sería igual al consentimiento unilateral para el procesamiento de datos y, al mismo tiempo, para la prestación de servicios⁵¹.

El uso del servicio implica, por lo tanto, una concesión de datos personales que sirve como un requisito ineludible para el acceso al servicio⁵²; el acceso a Internet, el uso de los buzones de correo electrónico y de servicios de búsqueda de información en Red o de servicios tales como la creación de redes sociales con la posibilidad de compartir información, imágenes, etc. son prestaciones que podrían hacer que sea justificable la concesión de datos personales mínimos como la identificación de la persona que solicita el acceso. En este sentido, la concesión de los datos personales entra a formar parte necesariamente del contrato: la prestación del servicio no podría tener lugar sin haber identificado a la persona, física o jurídica, para la cual se opera el servicio. La identificación de la persona es necesaria en toda contratación individual, pero en los contratos de acceso a Internet⁵³, debido a la especificidad del uso de técnicas de comunicación a distancia, ésta se convierte en el elemento imprescindible del caso contractual⁵⁴. El consentimiento en los contratos para el acceso a Internet es la autorización para el uso de los datos personales, pero en los contratos con las *social networks*, es también la autorización para hacer públicos datos como opiniones, ubicaciones, etc. La prestación del servicio no puede tener lugar sin la concesión de los datos personales y en los contratos con las *social networks* la socialización y el hecho de compartir no puede ocurrir sin la difusión de los datos⁵⁵. La concesión de los datos de identificación, entonces, se constituye en un denominador común de todos los contratos de la sociedad de la información debido a las normas obligatorias presentes en

⁵⁰ Así, S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, en *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 466.

⁵¹ Para una indagación sobre el consentimiento a la concesión de los datos ver, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, en *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 804 y ss.

⁵² Sobre el tema ver, S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati come condizione per la fruizione di servizi on line*, en *Internet e Diritto civile*, cit., 459 y ss.

⁵³ Sobre las relaciones ineludibles entre el uso de Internet y el procesamiento de los datos personales ver, M. GAMBINI, *Dati personali e Internet*, 2008, pp. 15 y ss.

⁵⁴ Por esta razón, preocupaciones importantes surgen sobre la seguridad que ofrece la empresa que recoge los datos. Sobre el tema ver, *infra*, par. 7 y s.

⁵⁵ Sobre los problemas que específicamente plantea el uso de información personal en los contratos con las *social networks* ver, C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, Nápoles, 2015, pp. 21 y ss.

cada sistema jurídico requieren que el proveedor del servicio sea capaz de proporcionar, cuando así sea necesario⁵⁶, elementos que identifiquen la persona que ha solicitado el uso del servicio⁵⁷.

Razonamientos similares se pueden hacer para algunos servicios de la sociedad de la información, para los cuales, el proveedor para así poder prestar el servicio debe recurrir necesariamente a *cookies*: considerar, por ejemplo, un periódico *on line* y la posibilidad de hacer comentarios sobre una noticia reservada para aquellos que son registrados. En este caso la recolección de los datos realizada a través del *Login* es necesaria para la prestación el servicio⁵⁸.

La relación entre prestación del servicio y concesión de los datos de identificación, si es introducida en un contexto económico en el que el *provider* no está enfocado sólo en la recolección con fines de identificación, sino que tiene más y diferentes propósitos (hacer *business* con los datos), puede conducir a detectar la presencia de un nexo sinalagmático ya que la concesión de los datos personales, como condición para la estipulación del contrato puede llegar a ser, junto con otra información como los sitios visitados, las opiniones⁵⁹ expresadas, etc. una real contraprestación del

⁵⁶ La conservación de los datos por parte de provider localizados fuera de la Unión Europea es objeto de amplio debate debido a que muchos operadores con sede en los Estados Unidos se habían unido formalmente al llamado *Safe Harbor* (Decisión 2000/520/CE que contiene el acuerdo UE-USA sobre el tratamiento de datos personales de los ciudadanos europeos por parte de operadores estadounidenses), pero, de hecho, carecía de un marco seguro de vigilancia para el cumplimiento del acuerdo. Sobre el tema intervino el Tribunal de Justicia el 6 de octubre de 2015, considerando inválido el *Safe Harbor*.

⁵⁷ Sobre la necesidad de que las solicitudes de acceso incluso por parte las autoridades públicas sean guiadas por la proporcionalidad ver, más recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo, 8 de septiembre de 2015 sobre «Derechos humanos y tecnología: impacto de los sistemas de vigilancia y detección de intrusiones en los derechos humanos en terceros países que se encuentra en la dirección: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0288+0+DOC+XML+V0//IT>.

⁵⁸ Sobre la necesidad de concesión de datos y la legitimidad del uso de *cookies* sin el consentimiento específico ver, Grupo de trabajo art. 29, Dictamen sobre la exención del consenso para el uso de cookies, 7 junio 2012, n. 5, disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_it.pdf.

⁵⁹ En las *social networks* también el «like» sobre una noticia o imagen puede ser una expresión de la libertad de pensamiento y, como tal, debe considerarse, en determinadas circunstancias, como datos «sensibles». Acerca de las teclas para compartir y de apreciamento ver las reflexiones de A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, en *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 980.

suministro concedido. Bajo esta perspectiva, el carácter patrimonial de los datos hace extremadamente problemático, o al menos no tan segura, la calificación de estos contratos como gratuitos⁶⁰. No cabe duda de que la licencia para usar los datos, de forma anónima para fines de *marketing* y de perfilado comercial y en forma pública para fines de socialización, tenga un valor económico significativo para los *providers*. En estos términos, la ausencia de una contraprestación en dinero no impide la calificación del contrato como sinalagmático en el sentido en que tanto el usuario como el *provider* sustraen utilidad y beneficios del contrato⁶¹ intercambiándose recíprocamente y respectivamente la licencia para el uso de los servicios prestados por el *provider* y la licencia para el uso de los datos introducidos en la Red por el usuario⁶². El usuario se beneficia del servicio básico sin tener que pagar nada, pero al leer cuidadosamente los términos y condiciones generales del contrato establecido por los principales operadores de la Red se deduce que el proveedor del servicio recolectará información a través del uso de *cookies*⁶³ como, por ejemplo, datos sobre el uso, las preferencias, la cronología de navegación en Red, búsquedas en los mapas, documentos u otros contenidos que se almacenan en *hosting* en el *server* del proveedor de servicios. La empresa que presta el servicio recopila información sobre el modelo de la computadora o el dispositivo móvil así como sobre la versión del sistema operativo utilizado del número de teléfono con el que funciona el dispositivo. El proveedor del servicio se reserva la prerrogativa de almacenar automáticamente información como, por ejemplo, la *query* de búsqueda, las llamadas de teléfono, fecha y hora de las llamadas, duración de las llamadas, información sobre el envío de SMS y tipos de llamadas, tipo de *browser* y lenguaje utilizado, etc. En

⁶⁰ Sobre el tema, entre otros, en relación a los contratos de *social networks* ver, S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, en *Giur. Merito*, 2012, pp. 2714 y ss.

⁶¹ En esta perspectiva, la forma gratuita es el concepto que se relaciona con el plan económico indicando la ausencia de enriquecimiento por una sola de las partes del contrato. Así como es entendida la forma gratuita no coincide con la contraprestación y bien puede constituirse un contrato sin contraprestación onerosa. En este sentido, se hace referencia a G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Nápoles, 1984, pp. 60 y ss.

⁶² En este sentido, en lo que respecta a los contratos entre los usuarios y las *social networks*, ver las brillantes reflexiones de C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, cit., pp. 212 y ss.

⁶³ En Italia, la tipología de *cookies* y la disciplina que les gobierna son identificadas por el garante para la protección de los datos personales en la Resolución n. 229 de 8 de mayo de 2014.

algunos de los términos y condiciones generales del contrato, por ejemplo en aquellos adoptados por Google, el proveedor del servicio indica que podrá recolectar datos incluso sobre la posición geográfica del usuario a través de una memorización de los puntos de acceso Wi-Fi y de los repetidores de la señal del teléfono celular.

El almacenamiento de estos datos adicionales respecto a aquellos identificativos se constituye en el instrumento no sólo para proporcionar una mayor utilidad a los usuarios y servicios personalizados tales como, por ejemplo, la posibilidad de ser guiados en una ruta que comienza desde el punto en que nos encontramos, sino que también es el medio mediante el cual el proveedor del servicio desarrolla su *business*.

En los términos y condiciones de Google aparecen, de hecho, terceras figuras respecto al usuario del servicio, pero contractualmente vinculadas a Google (los así llamados *partner*), que pueden utilizar *cookies* o tecnologías similares en los servicios puestos a disposición por Google para obtener datos sobre el público que utiliza los servicios. Pensemos en los datos de tipo estadístico o demográfico relacionados con el público que ha visualizado un vídeo en YouTube o que haya leído un determinado anuncio comercial o una noticia. El *browser* del usuario que haya estipulado un contrato de acceso a Internet envía automáticamente información (la dirección *web* de la página que está visitando o la dirección IP) cada vez que el usuario visita un sitio web o utiliza una *app* de los operadores que sean socios de Google ya que estos, a su vez, han estipulado un contrato para hacer uso de productos publicitarios, *social networks* o herramientas de análisis de datos. De esta manera el usuario, a pesar de haber estipulado formalmente el contrato sólo con el proveedor de servicios, se convierte en parte sustancial de complejas operaciones económicas que, a través de contratos enlazados, permiten al proveedor de servicios lucrar y desarrollar las actividades de sus socios. No se trata de enlaces ocultos al usuario ya que éstos están descritos en los términos y condiciones generales que el usuario se ha comprometido a respetar, de modo que el contrato de acceso, cuando en contextos que permiten al *partner* utilizar los datos recolectados por el *provider*, puede ser calificado como un contrato estipulado a favor de terceros⁶⁴. En este contexto, el socio

⁶⁴ En Italia la estipulación a favor de tercero es una figura de carácter general que se utiliza para cualquier tipo de contrato. Sobre el tema, ver O.T. SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, en *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, pp. 1; M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, in *Il contratto in generale*, VI, en *Trattato* Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 463.

del *provider*, en el momento de la estipulación del contrato de acceso, adquiere el derecho a recibir información relacionada, por ejemplo, con la navegación quien estipula. El *provider* actúa como sujeto promitente que garantiza el suministro de datos al *partner* y que puede oponerse al *partner* solo con excepciones que hubiera podido oponer al estipulante sobre el contrato de acceso. En Italia, la contratación a favor de terceros es caracterizada por la irrevocabilidad: En el momento en que un tercero ha declarado querer lucrar de la estipulación a su favor, el estipulante no puede negarse a la ejecución el contrato. Los términos y condiciones generales de acceso son funcionales para esta triangulación de intereses aunque si, formalmente, el contrato se estipula sólo entre el usuario del servicio y el *provider*: pensemos, por ejemplo, en la cláusula con la cual el *provider* se reserva el derecho para deshabilitar un buzón de correo debido a la hipótesis en que ésta no sea utilizada durante un determinado período de tiempo⁶⁵. El comportamiento del usuario determina, de hecho, que no sea posible para el *provider* suministrar lo prometido a los *partner* y, como consecuencia, justifica la terminación unilateral del contrato. De esto se desprende que, sólo aparentemente, en cabeza del usuario no se pueden verificar prestaciones, debido a que el uso de los servicios, la navegación etc. son actividades consideradas implícitamente como debidas, en cuanto la información relacionada con ellos es el objeto del contrato que liga el *provider* con el *partner*, quien a su vez es el beneficiario de la estipulación entre el usuario y el *provider*. El contrayente, es decir el usuario del servicio, tiene un interés en la estipulación, ya que a través de ésta el proveedor del servicio le permite acceder a Internet y disfrutar de los servicios adicionales cuando así lo desee. La cesión de información al *partner* de manera anónima y establecida explícitamente en las condiciones generales del contrato es útil para los múltiples intereses que tienen las dos partes así como para la tercera parte ajena al contrato, pero interesada en éste como *partner* del *provider*. Todo depende del monitoreo de la información proporcionada por el usuario del servicio y de los datos relacionados con su navegación en Internet. El usuario de los servicios puede beneficiarse de anuncios más útiles porque están relacionados con sus intereses, se puede confiar de un sistema que, mediante el almacenamiento de los datos, si es necesario, permite detectar fraudes u otros riesgos para la seguridad de las transacciones.

⁶⁵ Véase, a título de ejemplo, para Italia, el derecho de desactivación previsto en las condiciones generales de contrato del operador libre. Cfr. <http://aiuto.libero.it/articolo/mail/quanto-tempo-puo-rimanere-inattiva-la-casella-di-posta-2/>.

ÍNDICE

INTROITO , por LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO.....	5
LA TUTELA DE LOS DATOS PERSONALES EN LOS CONTRATOS DE LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN , por LUCIA RUGGERI.....	17
1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y ACCESO A LA RED. HACIA UN SINGLE DIGITAL MARKET EUROPEO	17
2. NECESIDAD DE UN ENFOQUE METODOLÓGICO ATENTO AL CASO CONCRETO. SITUACIONES CON CARACTERES EXISTENCIALES Y SITUACIONES PATRIMONIALES. COMUNICACIONES COMERCIALES Y NO COMERCIALES	20
3. TIPOLOGÍAS DE DATOS Y DIFERENCIACIÓN DE LAS PROTECCIONES	22
4. LOS CONTRATOS DE ACCESO A LA RED	27
5. LOS SERVICIOS PRESTADOS. EL PROBLEMA DE LA CESIÓN GRATUITA	30
6. LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PRESTADOS. EL USO DEL <i>SERVICE LEVEL AGREEMENT</i> (SLA)	39
7. EL <i>DATA PROTECTION SERVICE LEVEL AGREEMENT</i>	43
8. NUEVAS PROSPECTIVAS DE REGLAMENTACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL MERCADO EUROPEO Y MUNDIAL.....	44
REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS Y EL DERECHO AL OLVIDO , por SERAFINA LARocca.....	51
1. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	51
2. LA REVOLUCIÓN DIGITAL Y LA RECOLECCIÓN DE DATOS	54

3. EL CONSENTIMIENTO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES	58
4. DATOS PERSONALES Y EL DERECHO AL OLVIDO	64
MEDIOS ELECTRÓNICOS: FORMACIÓN DEL CONTRATO Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DEL CONSUMIDOR EN CHILE, por MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ	75
1. INTRODUCCIÓN	76
2. CONTRATOS Y MEDIOS ELECTRÓNICOS: UNA EXPANSIÓN EN LOS MEDIOS DE EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO...	80
2.1. Formación del consentimiento por medios electrónicos: reglas del Derecho común	81
2.2. Formación del consentimiento por medios electrónicos: reglas de protección al consumidor	85
3. CONTRATO Y MEDIOS ELECTRÓNICOS: UNA EXPANSIÓN EN LAS POSIBILIDADES DE INVASIÓN DE LA PRIVACIDAD	90
3.1. Los medios tecnológicos y la amenaza creciente a la intimidad: una aproximación general	90
3.2. La cuestión de la morosidad de contratos de créditos con consumidores	94
4. CONCLUSIÓN	98
EL IMPULSO NORMATIVO EUROPEO EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL DE EUROPA Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO PARA EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES, por JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRILLA	101
1. ALGUNAS IDEAS PREVIAS. LO MEJOR ES ENEMIGO DE LO BUENO.....	101
2. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y CONTRATACIÓN INFORMÁTICA. MEDIOS VS OBJETO	103
3. TIPOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO.....	105
4. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA ...	107
4.1. Equivalencia funcional y no discriminación de los actos y contratos realizados a través de medios electrónicos.....	108
4.2. Inalteración del Derecho preexistente.....	109
4.3. Neutralidad tecnológica	110
4.4. Buena fe y libertad contractual reforzadas	112
4.5. Libre prestación de servicios de la sociedad de la información	114
5. LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	116
5.1. Textos internacionales y Directivas y Reglamentos de la Unión Europea.....	116

5.2. Normativa española.....	117
5.3. Algunas actuaciones (o inacciones) sorprendentes del Legislador español en materia de contratación electrónica	120
6. LA ESTRATEGIA PARA EL MERCADO ÚNICO DIGITAL DE EUROPA.....	122
6.1. Las propuestas sobre suministro de contenidos digitales y compra-venta en línea	125
7. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	126
SERVICIOS DE CONFIANZA EN MATERIA DE TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO 910/2014, por JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO	133
1. SEGURIDAD EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. NORMATIVA EN MATERIA DE IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA Y SERVICIOS DE CONFIANZA	133
2. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICACIÓN ELECTRÓNICAS	140
2.1. Principio de reconocimiento mutuo	140
2.2. Notificación.....	141
2.3. Niveles de seguridad	145
3. SERVICIOS DE CONFIANZA PARA LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS EN EL MERCADO INTERIOR.....	146
3.1. Naturaleza	146
3.2. Características	147
3.3. Tipología y efectos jurídicos.....	148
3.3.1. Firma electrónica	149
3.3.2. Sello electrónico	151
3.3.3. Sello de tiempo electrónico	153
3.3.4. Servicio de entrega electrónica certificada.....	153
3.3.5. Autenticación de sitios web.....	154
3.4. Prestadores de servicios de confianza	155
4. CONCLUSIONES.....	159
5. BIBLIOGRAFÍA.....	161
LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR VÍA ELECTRÓNICA, por LISETTE HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y REINERIO RODRÍGUEZ CORRÍA.....	163
1. PRESENTACIÓN.....	163
2. DESARROLLO.....	164
3. EL ERROR.....	165
4. PACTOS EN LA DETERMINACIÓN DEL RIESGO.....	169

5. EL DOLO O FRAUDE	170
6. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN.....	172
7. CONCLUSIONES.....	174
LA GARANTÍA JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. UNA SOLUCIÓN INFORMÁTICA A LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA GESTIÓN DE INFORMACIÓN, por YANIXET MILAGRO FORMENTÍN ZAYAS	175
1. LA IDENTIFICACIÓN DEL FIRMANTE. ¿DÓNDE ESTÁ LA PIEZA CLAVE?.....	175
2. EL CERTIFICADO DIGITAL.....	176
3. LA AUTENTICIDAD DEL MENSAJE. ¿SERÁ POSIBLE?.....	180
3.1. La tercera parte de confianza: autoridad de certificación y/o entidad de certificación.....	180
3.2. Referencia a la responsabilidad de las entidades de certificación.....	187
3.3. Referencia a las entidades de registro	197
4. CONCLUSIONES.....	199
Fuentes doctrinales:.....	201
Fuentes legales	203
Jurisprudencia.....	205
LA COMPRAVENTA DE OBRAS PLÁSTICAS EN INTERNET. ESPECIAL REFERENCIA A LAS FACULTADES PATRIMONIALES DE SUS AUTORES Y EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS SUCESIVAS REVENTAS, por ANA MARÍA PEREDA MIRABAL	207
1. BREVE REFERENCIA DOCTRINAL AL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	207
2. LAS CREACIONES VISUALES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR. ESPECIAL REFERENCIA A LA OBRA PLÁSTICA	211
2.1. Principales características de las obras plásticas.....	214
2.1.1. La unicidad de la obra plástica. Como característica esencial.....	216
3. BREVE REFERENCIA A LA RELACIÓN ENTRE LAS FACULTADES MORALES Y PATRIMONIALES DE LOS AUTORES DE OBRAS PLÁSTICAS.	218
4. EL LLAMADO <i>DROIT DE SUITE</i> COMO POSIBLE DERECHO DEL VENDEDOR INICIAL EN SUCESIVAS REVENTAS: ORÍGENES, DEFINICIÓN, FUNDAMENTO, NATURALEZA JURÍDICA	227

4.1 Estructura técnico-jurídica del <i>droit de suite</i>	231
5. LA VENTA Y REVENTA DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA (INTERNET).....	233
6. CONCLUSIONES.....	241
7. BIBLIOGRAFÍA.....	242
Libros.....	242
Textos legales.....	244
INTERCAMBIOS EN LA RED, ¿CONTRATO DE PERMUTA?, por CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ.....	245
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LOS CONTRATOS PERFECCIONADOS VÍA ELECTRÓNICA.....	245
2. LA PERMUTA EN INTERNET.....	247
3. LOS LLAMADOS BANCOS DE TIEMPO.....	251
4. PERMUTA Y OBLIGACIONES DE HACER.....	253
4.1. Intercambio de créditos.....	255
4.2. Intercambio de facultades de uso.....	256
4.3. Intercambios de servicios o cosas por diferentes prestaciones y contratos atípicos.....	258
4.4. Las reglas de la permuta para resolver problemas relativos a la cosa que se intercambia.....	261
4.5. Las reglas de los contratos de servicios como pautas para resolver problemas relativos a las prestaciones de hacer.....	262
5. ALGUNAS IDEAS A MANERA DE CONCLUSIONES.....	265
6. BIBLIOGRAFÍA.....	266
CONTRATACIÓN, REDES SOCIALES Y DERECHO A LA INTIMIDAD: NUEVOS RETOS EN LA ERA DIGITAL, por ANABEL PUENTES GÓMEZ.....	269
1. REDES SOCIALES EN EL SIGLO XXI. CAMBIOS Y RETOS....	269
1.1. Una mirada en el tiempo. Las redes sociales: historia y características.....	272
1.2. Derechos inherentes a la personalidad y la era digital. El derecho a la intimidad.....	274
2. CONTRATACIÓN Y REDES SOCIALES: EL CONTRATO DE ADHESIÓN <i>ON LINE</i>	276
2.1. Responsabilidad jurídica civil. Retos en las redes sociales.....	279
3. NO HEMOS ACABADO.....	282
4. BIBLIOGRAFÍA.....	283

ESTIPULACIÓN DEL CONTRATO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL CONSUMIDOR EN EL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y GAS, por ANTONIO FLAMINI...	285
1. DEL MONOPOLIO AL MERCADO LIBRE	285
2. LA ESTIPULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO..	287
3. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA	290
4. MODALIDADES DE ESTIPULACIÓN DE CONTRATOS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y GAS.....	292
5. LAS INCOHERENCIAS DE LA PRÁCTICA.....	294
6. EL <i>BUSINESS</i> DE LOS DATOS PERSONALES	296
7. PRONUNCIACIONES DE LA AUTORIDAD GARANTE RESPECTO AL CONSENSO DEL USO DE DATOS.....	301
8. LAS CONSECUENCIAS DE LOS TRATAMIENTOS ILÍCITOS DE LOS DATOS PERSONALES	303
HOME BANKING Y TUTELA DE LOS DATOS PERSONALES, por MANUELA GIOBBI.....	309
1. PRÓLOGO	309
2. <i>HOME BANKING</i> Y DATOS PERSONALES. TRATAMIENTO DE LOS DATOS EN EL SISTEMA BANCARIO. LOS DATOS PERSONALES DE «TIPO ECONÓMICO»	311
3. CIRCULACIÓN DE LA INFORMACIÓN Y RASTREO DE LAS OPERACIONES EN EL ÁMBITO BANCARIO.....	314
4. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES. IDONEIDAD DE LAS MEDIDAS DE TUTELA EN EL ACCESO A LOS SISTEMAS TELEMÁTICOS PARA LAS OPERACIONES BANCARIAS <i>ON LINE</i>	316
5. CÓDIGOS IDENTIFICATIVOS Y CAPTACIÓN DE LAS CREDENCIALES INFORMÁTICAS. TUTELA DEL CLIENTE. DILIGENCIA DEL OPERADOR BANCARIO E IMPUTABILIDAD DEL DAÑO. LA POSICIÓN DEL ARBITRO BANCARIO FINANCIERO Y DE LA JURISPRUDENCIA	317
6. SEÑALACIÓN, ANULACIÓN Y ACCESO A LOS DATOS	322
7. DATOS PERSONALES Y CLASIFICACIÓN. PERFILES DE TUTELA.....	325

