



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO DE CONTENIDOS DIGITALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Autora

JOANA VILLANUEVA NAVASCUÉS

Director

PEDRO JOSÉ BUESO GUILLÉN

Facultad de Derecho / Grado en Derecho
2016/2017

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	6
1.	Cuestión que se abordará en el trabajo	6
2.	Razón de la elección del tema y justificación de su interés.....	6
3.	Metodología y estructura.....	6
II.	CONTEXTO Y DELIMITACIÓN LEGAL.....	7
1.	El comercio electrónico. Mercado Único Digital	7
2.	Contratación a distancia por medios electrónicos	8
3.	Contenidos digitales	9
III.	EVOLUCIÓN Y OBJETIVOS DEL MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA DE CONTENIDOS DIGITALES.	10
1.	Marco normativo vigente: un breve recorrido por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo	10
2.	La Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores	12
2.1.	Transposición en España.....	14
3.	La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) de 2011	16
IV.	LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2015 RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES	20
1.	MARCO EUROPEO: una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.....	21
2.	Características comunes con la propuesta de directiva de 2015 sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.....	24
3.	Contexto de la propuesta	25
4.	Ámbito de aplicación	26
5.	Objeto y contenido	28
5.1.	Conformidad.....	28
6.	Crítica a la propuesta	31
6.1.	La ausencia de los derechos de propiedad intelectual	32
6.1.1.	La reventa de contenidos digitales: la doctrina UsedSoft	32
6.1.2.	La copia privada	33
V.	CONCLUIONES	35
VI.	BIBLIGRAFÍA.....	38

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Comunidad Europea
CESL	Propuesta de Reglamento sobre compraventa común europea
<i>Cit.</i>	Citado
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
TCE	Tratado de Constitución Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestión que se abordará en el trabajo

La regulación del comercio electrónico, tanto en la Unión Europea (en adelante, UE) como en España, se integra por un complejo conjunto de normas. En este trabajo se abordará la regulación de la contratación electrónica y su interconexión con la regulación de la propiedad intelectual, pues el foco del trabajo se centra en la regulación de la UE, presente y futura, del comercio electrónico que tiene por objeto contenidos digitales.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

El comercio electrónico es un ámbito en el que, durante los últimos años, se está realizando un esfuerzo muy relevante desde la UE, lo que incluye esfuerzos por regularlo adecuadamente. Señaladamente, en el marco de la Estrategia para el Mercado Único Digital que la UE realiza se pretende lograr unos objetivos lógicos en comercio electrónico, que luego analizaremos detenidamente. La dificultad radica en que se trata de una actividad que es de difícil normalización en todos sus ámbitos, ya que la sociedad digital avanza más rápido que las propias normas.

Partiendo de la redacción del artículo 26.2 TFUE, el mercado interior debe comprender un espacio sin fronteras interiores en el que están garantizadas la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, así como la libertad de establecimiento; la UE debe proteger el comercio digital como expresión presente y de futuro de estas libertades fundamentales, también mediante una adecuada regulación en el ámbito de la contratación.

Con este trabajo se pretende analizar el comercio electrónico en su vertiente jurídica en la intersección de las regulaciones de la contratación y, con una menor intensidad, la propiedad intelectual; persiguiendo dar cuenta de las novedades que se pretende incluir en la normativa, tanto europea como española, aplicable a la contratación electrónica; y, especialmente, desde la perspectiva de la protección de los consumidores.

3. Metodología y estructura.

La metodología elegida, en la medida en que se trata de un trabajo de revisión e interpretación crítica normativa sobre el la regulación del comercio electrónico en su faceta de contratación electrónica de contenidos digitales, se basa en la recopilación de normas e informes europeos y españoles para un estudio descriptivo y documental.

En efecto, la metodología utilizada descansa en la selección y análisis de las normas reguladores de la materia de contenidos digitales. Como hemos expuesto, se trata de un estudio descriptivo y documental utilizando un criterio histórico junto con el criterio de actualidad.

El trabajo se distribuye en cuatro epígrafes importantes: el primero, con carácter preliminar, precisa la delimitación legal de conceptos necesarios para el posterior estudio; el segundo trata sobre los antecedentes normativos a la última propuesta normativa en la material en el tema objeto de estudio; el tercero está centrado en esta propuesta normativa, con el propósito de analizar su contenido y mostrar sus objetivos principales, además de una crítica a la propuesta a su falta de contenido relacionado con los problemas de propiedad intelectual que tienen lugar los contenidos digitales, en su mayoría.

II. CONTEXTO Y DELIMITACIÓN LEGAL

Para comenzar el tratamiento de la temática arriba indicada, y dada la amplitud del tema, se va a pasar a definir algunos conceptos importantes en el mundo del comercio electrónico, lo que va a permitir contextualizar y centrar el ulterior desarrollo.

1. El comercio electrónico. Mercado Único Digital

El comercio electrónico, también conocido por su término en inglés, *e-commerce*, comenzó ya en los años 80 del siglo pasado con la llegada de Internet al mundo, y esto, ha influido de manera creciente hasta el día de hoy. El *e-commerce* consiste en la promoción, distribución y venta de productos y servicios a recurriendo a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Una comunicación de la Comisión a diferentes instituciones europeas en el 2010 (Agenda Digital para Europa)¹, ya hacía ver los problemas a los que se estaba enfrentando la UE en el ámbito del comercio electrónico. Por ejemplo, las barreras existentes en la UE para que las empresas y consumidores pudieran contratar bienes y servicios en línea sin dificultades.

Ante tal surgimiento, la Unión Europea decidió acuñar la idea del llamado Mercado Único Digital. En un comunicado de prensa², la Comisión Europea establece dieciséis iniciativas para llegar a conseguirlo. Centrado en las empresas y consumidores, Europa debe

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, “Una Agenda Digital para Europa”, Bruselas, 26/08/2010.

² Comisión Europea, Comunicado de prensa “Un mercado único digital para Europa: la Comisión establece 16 iniciativas para conseguirlo”, Bruselas, 6 de mayo de 2015.

proporcionar a éstos una serie de oportunidades para facilitar el crecimiento de su negocio a la misma medida que las tecnologías³. Así, en la actualidad, la Comisión propone tres pilares fundamentales en los que se deben apoyar las nuevas estrategias europeas: el primero debe centrarse en *mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en toda Europa*; el segundo va dirigido a *crear condiciones adecuadas y garantizar la igualdad de condiciones para que las redes digitales y los servicios innovadores puedan prosperar*; y, por último, *maximizar el potencial de crecimiento de la economía digital*.

Para el primero de los pilares, la Comisión estudia la normalización armonizada de la regulación en materia de comercio electrónico, en relación con la compraventa de bienes en línea, para una mayor protección del consumidor. Asimismo, poner fin a un bloqueo geográfico existente entre las fronteras europeas en el momento de realizar un servicio electrónico por la diferencia de regulaciones, como una armonización en la legislación de derechos de autor para una mayor facilidad al acceso de obras europeas.

El segundo pilar se centra tanto en telecomunicaciones como en la protección de datos personales. Para ello, la comisión propondrá una asociación de ciberseguridad para proteger la seguridad necesaria en el campo electrónico.

Y, en el tercer pilar, se propondrá una “iniciativa europea de libre flujo de datos” como también conseguir una sociedad digital integradora para los ciudadanos: la administración electrónica.

2. Contratación a distancia por medios electrónicos

En la Directiva del 2011/83/CE⁴, la cual analizaremos *infra*, nos deja, en el preámbulo, una definición del contrato a distancia con consumidores, la cual “debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente

³ Según el informe, los obstáculos en línea suponen muchas pérdidas en bienes y servicios para los particulares; y, además, nos lo plantea con una estadística de que los ciudadanos europeos que compran a través de internet es sólo un 15%, mientras que las empresas que forman parte de este comercio electrónico sólo pueden aprovechar sus oportunidades de venta al 7%.

⁴ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. En adelante, Directiva 2011/83/CE (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:Es:PDF>).

mediante el uso de uno o varios medios de comunicación, hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento”. Así, si, por ejemplo, realizan un contrato por medio telefónico pero se finaliza el consentimiento en el establecimiento mercantil, no se puede considerar como un contrato a distancia.

Igualmente, si este contrato lo circunscribimos al uso de medios electrónicos, exclusivamente, estamos ante la contratación a distancia por medios electrónicos.

La Directiva 2011/83/UE, en su art. 2.7, recoge una definición de contrato a distancia con consumidores más limitada como “todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo”.⁵

3. Contenidos digitales

A medida que va creciendo el ámbito del *e-commerce*, proporcionalmente también se incrementa los diferentes contenidos digitales existentes en este comercio. La Directiva 2011/83/CE, que recoge un prolijo catálogo de definiciones, también nos dice qué debemos entender por contenidos digitales: “los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, videos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios”. Por ejemplo, una película en formato de DVD debe considerarse contenido digital.

En relación con el concepto anterior, es importante distinguir entre contenido digital y obra (en soporte digital) en el sentido de la LPI. Así, debemos diferenciar, de una parte, el contenido digital y, de otra, la obra protegida por la propiedad intelectual, ya que no siempre van a ir de la mano. Para ello, vamos a utilizar la clasificación en sus diferentes tipos del profesor Aparicio Vaquero⁶. Según sus palabras, lo importante del contenido digital “no es el tipo de dato sino la forma en que se presenta, como hemos matizado antes; a diferencia de la obra protegida por propiedad intelectual, que debe ser “una

⁵ Esta misma definición ha sido recogida por el art. 92 TRLGDCU.

⁶ APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, en Revista para el análisis del Derecho, INDRET, Barcelona, 2016, p. 5 y 6 “obra vs contenido digital”.

creación literaria, artística o científica y, además, original”. Así, un contenido digital puede ser una obra o no, y aquí vienen las diferentes situaciones que se pueden dar:

La más problemática es aquella en la que nos encontramos con un contenido digital original sobre el que puedan recaer derechos de propiedad intelectual con un ejercicio reservado a sus titulares principales. Después, podemos encontrar contenidos digitales que no sean originales, como pueden ser algunas imágenes o sonidos (en el sentido que nos indica la LPI), pues quedarían excluidos de la protección de propiedad intelectual con una libertad de uso y disfrute. En tercer lugar, Aparicio Vaquero incluye los contenidos digitales que no son contemplados como objeto de propiedad intelectual expresamente y gozarían de un derecho libre de uso y disfrute como los anteriores (exclusiones art. 13 LPI). Igualmente, los contenidos distribuidos en acceso abierto no presentan ninguna restricción siempre que se respeten las licencias respectivas. Y, por último, los contenidos digitales que resulten de obras cuyos derechos de explotación hayan pasado a ser de dominio público, o que *ab initio* se encuentren en dominio público por decisión de su autor, tampoco nos presentan ningún inconveniente en cuanto a restricciones de uso o distribución según la LPI.

III. EVOLUCIÓN Y OBJETIVOS DEL MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA DE CONTENIDOS DIGITALES.

En el apartado se expone, de manera sucinta, qué se pretende, tanto con la normativa existente en materia de compraventa y protección de consumidores, como las propuestas elaboradas/en elaboración en los últimos momentos en la UE, para lograr la eliminación de obstáculos de empresas y usuarios.

1. Marco normativo vigente: un breve recorrido por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁷

La Directiva 1999/44/CE nos presenta ya la normativa más influyente, para el derecho de consumo y las posteriores Directivas en materia de comercio electrónico, que podemos encontrar desde un punto de vista objetivo para el estudio de los derechos de los consumidores; no porque se centre en esta tipología de comercio sino por las pinceladas

⁷ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, considerando (2) - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A132022>. En adelante, Directiva 1999/44/CE.

que consiguen una posterior regulación frente a los problemas que se presentan en la actualidad.

Vamos a analizar, brevemente, su contenido para poder entender la visión de la UE en esta materia. Así, debemos tener claro que estas regulaciones se centran en el objetivo de conseguir ese mercado interior que “implica un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada”. Para ello, esta Directiva se basa en el derecho de protección de los consumidores mediante los arts. 153 y 95 Tratado Constitutivo de la comunidad Europea (en adelante, TCE) que ahora son los arts. 169 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

La misión de esta Directiva es intentar una armonización más completa en esta materia pues, como se expresa, los diferentes Estados Miembros presentan disparidades en cuanto a sus legislaciones en materia de derechos del consumidor para su protección. Ello impide el crecimiento de las compraventas entre Estados Miembros para los consumidores con una inseguridad jurídica para ellos. Así, que el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE quiere establecer una regulación común mínima para reducir las fronteras entre Estados en el comercio y lograr un desarrollo en la venta a distancia a través del surgimiento de nuevas tecnologías, en esos años.

Las instituciones europeas consideraron que el principal problema entre empresas y consumidores para las compraventas dentro de la Unión se encontraban en la falta de conformidad del bien con el contrato, así intentaron aproximar las legislaciones de los Estados Miembros sin afectar las disposiciones en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. Expresan que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes legislaciones y ya, ahí, cada una establece disposiciones adicionales como pueden ser cláusulas o modalidades contractuales que protejan al consumidor. La directiva introduce una “presunción impugnabile de conformidad con el contrato”. Las soluciones que establece, basada en la afirmación de que el vendedor es el responsable sobre la conformidad del bien objeto del contrato frente al consumidor, son que éste último puede iniciar acciones en caso de que el objeto del contrato no sea conforme y elija su preferencia relativa a la reparación o a la sustitución del bien o a obtener tanto una reducción del precio como la disolución del contrato. Igualmente, “el vendedor siempre podrá proponer al consumidor cualquier forma de saneamiento que éste decidirá si acepta o rechaza”. Resumiendo, la Directiva

1999/44/CE se centra en el principio de conformidad como parte esencial del contrato a distancia para intentar una mayor unión entre los Estados miembros y sus legislaciones.

En España, con esta Directiva se realizó su transposición mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que se derogó en el año 2007 con la publicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (en adelante, TRLGDCU).⁸ En la actualidad, el régimen se encuentra contenido en los arts. 144 y ss. TRLGDCU.

2. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores⁹

Hacemos un salto en el tiempo hasta el año 2011, momento en el que el Parlamento Europeo y el Consejo promulgan esta Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, intentando modificar la anterior Directiva de la que hemos hablado y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, pero sin llegar a conseguirlo; y, a su vez, derogando las Directivas 85/577/CEE y la 97/7/CE, hecho que no llegó a producirse.

El porqué de estas modificaciones y derogaciones lo encontramos en su preámbulo expresando el deseo de una armonización estándar en relación a los contratos a distancia y fuera del establecimiento, alejándose de la armonización mínima.

La Directiva tiene como base los artículos del TFUE que hemos nombrado anteriormente, es decir, el art. 169 y el 114, relativos a la protección de los consumidores. Igualmente, nos hace una referencia al art. 26 TFUE sobre que “el mercado interior debe comprender un espacio sin fronteras interiores en el que están garantizadas la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimientos”.

Seguidamente, podemos observar que el objetivo de la presente Directiva es el incremento de las ventas entre los distintos Estados (ventas transfronterizas), dado que en los años anteriores a la publicación de la Directiva no se ve incrementado apenas comparándolo con la extensión de las ventas a distancia dentro del territorio nacional, como por ejemplo en las ventas realizadas a través de Internet. Consideran que esto se debe a las diferentes

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. -

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:Es:PDF>

legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE que crean un mayor coste a las empresas y una desconfianza a los consumidores.

Con esta Directiva se pretende eliminar los obstáculos causantes de esas diferentes legislaciones e intentar una armonización plena en aspectos fundamentales para conseguir una mayor seguridad jurídica. Las disposiciones incluidas aquí afectan sólo a las relaciones entre comerciantes y consumidores a través de los contratos y se tratan cuestiones como, por ejemplo, la información que debe proporcionar el empresario al consumidor antes de la celebración del contrato, el derecho de desistimiento del consumidor y determinados aspectos de la ejecución de los contratos. Con esto, ya podemos afirmar que la Directiva 2011/83, analizando más problemas presentes en el comercio transfronterizo que la Directiva 1999/44/CE, pretende regular determinados aspectos principales sobre la protección del consumidor y crear una ayuda tanto a éstos como a los comerciantes para poder impulsar el comercio interior de la UE.

En esta introducción contenida en la Directiva sobre el porqué de su publicación, encontramos diferentes definiciones que nos ayudarán a entender el concepto desde el punto de vista de la UE. En relación al concepto de contenidos digitales ya hemos hecho referencia a ello en un apartado anterior dedicado en exclusiva a su definición. La definición de consumidor, en el contexto de la directiva, “debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad profesional, empresa, oficio o profesión”. A continuación, aclara los conceptos de contrato a distancia y contrato fuera del establecimiento, seguido de otros que no conviene precisar. A nosotros, en este tema, nos interesa el contrato a distancia, dejando de lado la contratación realizada fuera del establecimiento.

Los contratos a distancia son definidos por la Directiva a la que nos remitimos anteriormente. Así, cualquier otra forma de celebración del contrato o de su procedimiento, quedaría excluido de esta definición. Por otro lado, el contrato celebrado fuera del establecimiento encuentra su gran diferencia en que el comerciante y el consumidor están en presencia física en un lugar distinto del establecimiento del comerciante.

En cuanto a la información que se debe facilitar al consumidor, debe ser obligatorio y no debe modificarse, salvo acuerdo entre las partes. La información debe ser clara y comprensible para el consumidor antes de celebrar el contrato. Dentro del contrato a

distancia, esta información debe tener unos requisitos excepcionales para el conocimiento del consumidor “para tener en cuenta las restricciones técnicas de determinados medios de comunicación como por ejemplo, el tiempo en los anuncios de venta televisivos”.

El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia encuentra su base en que él no ha podido ver el objeto del contrato hasta su entrega. Así, el consumidor debe poder comprobar los bienes, sus características, el funcionamiento, entre otros. Adentrándonos más en nuestra materia, la Directiva expresa que en los contratos a distancia celebrados a través de sitios web, “el consumidor debe estar en condiciones de leer y de comprender los elementos más importantes del contrato antes de efectuar el pedido.

Siguiendo con este derecho de desistimiento del contrato por parte del consumidor, la Directiva ofrece unos plazos y unas condiciones que los Estados miembros deben transponer a sus legislaciones sin perjuicio de las normas sobre resolución de contratos o de las obligaciones que debe cumplir el consumidor.

2.1. Transposición en España

Esta Directiva 2011, que todavía no se centra en la contratación electrónica, recoge novedades para la protección de consumidores que son necesarias en la regulación nacional mediante la herramienta de la transposición.

En España, se realiza mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.¹⁰ Esta ley modifica diversos artículos como los referidos a los nuevos conceptos que ofrece la Directiva, acciones de cesación, algunas disposiciones contenidas en el Título I del TRLGDCU relativo a los contratos con los consumidores y usuarios, igualmente el Título III (contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento),

En lo que respecta a nuestro estudio de regulación de contenidos digitales, la Ley 3/2014 modifica la definición de contenido digital, la información precontractual de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil y el derecho de desistimiento. Antes de exponerlos, debemos tener presente, también, la ley completa los

¹⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3329

requisitos exigidos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico.

El art. 59 *bis* recoge que por contenido digital se recoge como “los datos producidos y suministrados en formato digital”. A su vez, en el art. 66 *quáter* se recoge la prohibición de envío y suministro al consumidor de contenidos digitales no solicitados por él. En cuanto a la información precontractual contenida en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento, el empresario debe facilitar la interoperabilidad relevante del contenido digital, se contenga o no en un soporte material.¹¹

El derecho de desistimiento contenido en el capítulo III (arts. 102-108), establece un derecho de desistimiento del contrato por parte del consumidor. El art. 103 recoge unas excepciones en la que el apartado m) expresa que no existirá este derecho al consumidor en el caso del “suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”. Así, para el caso en que exista este derecho, el plazo será de 14 días naturales contados a partir del día en que se celebre el contrato (art. 104.c). En la misma Ley se recoge como anexo un modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento (ANEXO I).

En el caso de desistimiento, actualmente, ha sido publicado el Real Decreto-ley 9/2017¹², que modifica los arts. 66.3 bis y 107.1, incidiendo “en la necesaria protección de los consumidores en sus relaciones con los empresarios, en el aspecto relativo al medio que debe utilizar el empresario para reembolsar el pago recibido del consumidor en caso de desistimiento, garantizando que éste no incurra en ningún gasto como consecuencia del desistimiento del contrato¹³.”

En relación a la conformidad de los bienes en general con el contrato, el TRLGDCU recoge disposiciones similares a la propuesta de Directiva (arts. 114 y ss.). El artículo 116 dedicado a las disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo, recoge una presunción de conformidad siempre que cumplan los requisitos que expresa,

¹¹ Art. 97.1 y 2 TRLGDCU.

¹² Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directiva de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5855

¹³ Preámbulo IV (Real Decreto-ley 9/2017).

salvo prueba en contrario. Estos requisitos mencionados tienen semejanza con los que recoge la propuesta, eso sí, no se centra en contenidos digitales. Por ejemplo, los productos deben ajustarse a la descripción que previamente ha realizado el vendedor, tienen que ser aptos para los usos a los que se destina ordinariamente o si se tratara de un uso especial, ser apto para él; entre otros. En cuanto a las posibles acciones a las que puede recurrir el consumidor para exigir la responsabilidad del vendedor, el primero tiene derecho tanto a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio pactado como a la resolución del contrato¹⁴. Igualmente, existe la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios (art. 128).

Para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, nos remitimos a lo expuesto anteriormente en el punto 2.1. sobre la transposición en España.

3. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) de 2011¹⁵

En el mismo momento de la publicación de la directiva explicada anteriormente, tanto el Parlamento europeo como el Consejo realizan esta propuesta de reglamento para armonizar las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de una compraventa europea común para todos los Estados.

Ahora, pasamos a analizar el contexto en qué se basa la propuesta y de su importancia para la UE. Bajo la base jurídica del art. 114 TFUE sobre aproximación de legislaciones, estas dos instituciones europeas, el Parlamento y el Consejo, consideran la necesidad de crear una normativa común de compraventa europea debido al elevado número de obstáculos que, desde años atrás, atañe a la UE en relación con el mercado interior transfronterizo.

Este objetivo de extinguir barreras entre los Estados miembros no es una cuestión novedosa, dado que, como hemos ido explicando, todo el acervo comunitario en esta materia ha querido eliminar. Y tanto es así, que el mayor problema, en este sentido, es la

¹⁴ Véase Capítulo II (responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario): arts. 118 y ss TRLGDCU.

¹⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM (2011)635 final). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF> (en adelante, Reglamento CELS).

dificultad de aplicar diferentes legislaciones para cada contrato transfronterizo conllevando problemas como el idioma o las tan diferentes disposiciones entre Estados.

Esta propuesta no pretende sustituir las legislaciones nacionales en materia contractual, sino que se trate a la compraventa europea como un segundo régimen al que acudir cuando las partes estén conformes a esto.

Una acertada afirmación recogida en esta propuesta de Reglamento es que “*el contrato constituye el instrumento jurídico esencial de toda operación económica*”¹⁶. Así, la UE decide centrarse en modelar un contrato de compraventa que pueda servir para todas las operaciones económicas entre cualquiera de los Estados miembros. Es más, podría servir como instrumento en un entorno exclusivamente nacional o hasta con terceros Estados, a lo que nos referiremos más adelante. Este problema encuentra su punto de concentración en el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que, en su art. 6, recoge la residencia habitual del consumidor como referencia para la aplicación de la ley de ese lugar¹⁷.

Otro de los obstáculos en que se fija la propuesta, sería la posibilidad de limitar la competencia tanto entre Estados como en el ámbito nacional¹⁸. Esto se transforma en un perjuicio para comerciantes y para consumidores. En lo referente a los comerciantes, significa menos posibilidades de avanzar su negocio en un ámbito supranacional con una escasa innovación, un igual precio de los productos, entre otros. Por ejemplo, como nos muestra el Reglamento, “*en los Estados miembros más pequeños, con un reducido número de competidores nacionales, la decisión de los operadores extranjeros de abstenerse de entrar en esos mercados, debidos a los costes y a la complejidad, puede limitar la competencia, lo que tiene un impacto apreciable en la oferta y en los niveles de precios de los productos disponibles*”. En el punto de vista del consumidor, hay dos vertientes: en su territorio nacional, la opción de comprar un producto es más fácil y además, se presume, conoce de sus derechos contractuales así como una oferta reducida; por otro lado, en el ámbito transfronterizo, la oferta es más elevada pero se genera desconfianza en cuanto al Derecho contractual.

¹⁶ Considerando (2).

¹⁷ Considerando (3).

¹⁸ “Menos comercio transfronterizo significa menos importaciones y menos competencia”. Pág. 14, considerando (4).

La solución a estos obstáculos puede ser el instrumento explicado: una normativa común para la compraventa europea. El requisito esencial para adaptar esta normativa al contrato de compraventa, debe ser la aceptación por parte de los dos integrantes en el contrato, el comerciante y el consumidor¹⁹. Para ello, la voluntad de las partes debe ser expresa y la propuesta recoge la realidad de que, en este tipo de contratos, el comerciante es el que propone la normativa a aplicar así debe cumplir con unas exigencias para que la información llegue al consumidor de una manera correcta. Para ello, los comerciantes deben facilitar la información estándar que se encuentra como anexo en el Reglamento. Al aceptar voluntariamente la aplicación de esta normativa al contrato que se vaya a celebrar, las partes tienen que tener en cuenta que no pueden elegir unos determinados elementos, sino que debe ser impuesta en todo su conjunto. Así es, dado que esta propuesta incide en todos los ámbitos de un contrato: obligaciones de información contractual, derecho de desistimiento, prescripción, anulación del contrato por diferentes motivos, derechos y obligaciones de las partes, etc. En definitiva, el desarrollo del contrato en todo su proceso.

Volviendo al acuerdo entre las partes para la aplicación de la compraventa común europea, el principio rector que debe implicar es de libertad de contratación. Así como el principio de buena fe que siempre debe servir de protección para las partes²⁰.

En lo que nos atañe en este tema general, las disposiciones de esta normativa común también debe ser de aplicación en cuanto al suministro de contenidos digitales. Ello se debe a motivos anteriores como el rápido crecimiento que tiene el comercio electrónico a nivel global, como expone la propuesta que *“la transferencia de contenidos digitales para su almacenamiento, procesamiento o acceso, así como para su uso reiterado, como la descarga de música, ha registrado un rápido crecimiento y encierra aun un gran potencial de crecimiento, pese al considerable grado de diversidad e incertidumbre que todavía rodea este campo”*²¹. La inclusión del contrato de suministro de los contenidos digitales es también aun cuando no se realice a cambio de un precio sino, por ejemplo, con el acceso a datos personales. Además, en muchas ocasiones este tipo de contratos van unidos a otros denominados como servicios relacionados a los que esta normativa común

¹⁹ Considerando (8) y (22).

²⁰ Considerando (30).

²¹ Considerando (17).

no se aplicaría aunque recoge algunos preceptos para regularlos como las obligaciones de las partes²².

En cuanto al articulado de la propuesta de reglamento, lo referente al contrato de suministro de contenidos digitales lo encontramos, principalmente, en la Parte IV denominada como obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales. Aparte de estas menciones expresas, encontramos disposiciones durante todo el volumen.

La propuesta de reglamento establece la noción de contenido digital como “los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes” (art. 2.f). Aquí, podemos observar que el concepto es mucho más preciso en lo que se entiende por contenido digital que la anterior Directiva expuesta.

El art. 5 nos dice que se podrá recurrir a esta compraventa europea en los contratos de suministros de contenidos digitales, independientemente del soporte o la contraprestación del contrato.

En el momento del contrato, se establece la obligación de la información precontractual sobre las características principales, la funcionalidad y la interoperabilidad de los contenidos digitales objeto del contrato (art. 13 y 19).

En cuanto al derecho de desistimiento del consumidor²³, el art. 40 establece que el consumidor podrá ejercitar este derecho sin necesidad de indicar los motivos y sin coste alguno excepto en los contratos de suministro de “contenidos digitales confeccionados conforme las especificaciones del consumidor, o claramente personalizados” (art. 40.2) e, igualmente, en el caso de que el “suministro de contenidos digitales que no se preste en un soporte material haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con la aceptación por su parte de que pierde su derecho de desistimiento” (art. 40.3.).

²² Considerando (19) y (20).

²³ Capítulo 4: derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial entre un comerciante y un consumidor.

En la parte IV se regulan las obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales. Así, en su sección 3 encontramos la regulación de la conformidad de los bienes y los contenidos digitales. En el art. 99 se recoge que los contenidos digitales deberán ser acordes a lo recogido en el contrato (por ejemplo, debe ser la cantidad y calidad estipulada). Igual, el art. 100 expresa unos criterios de conformidad de los contenidos digitales que deberán ser aptos para cualquier uso que se haya comunicado al vendedor, para los usos que ordinariamente se destinen, poseer las cualidades que se muestra al comprador, estar envasados de forma habitual y que posean las características indicadas y que el consumidor pueda esperar. El plazo para manifestar la falta de conformidad es de seis meses siguientes al momento de transmisión del riesgo al comprador²⁴ (art. 105.2).

Una vez demostrada una falta de conformidad, la propuesta de reglamento establece unos remedios del comprador en su capítulo 11. El comprador podrá exigir el cumplimiento, dejar en suspenso el cumplimiento de sus obligaciones, resolver el contrato, reducir el precio y exigir la indemnización de los daños y perjuicios²⁵. Todas estas posibilidades son alternativas y a elección del comprador, se entiende que en la medida que exista esa falta de conformidad.

IV. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 2015 RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES²⁶

En este apartado, pasamos a analizar la propuesta de directiva sobre suministro de bienes digitales que ha sido publicada en 2015, para explicar su finalidad con el objetivo de entender este incremento del comercio electrónico.

En cuanto a la tramitación de esta propuesta, debemos decir que en 2016, el 2 de junio, se celebró un debate político sobre la Propuesta a cargo de la Comisión. Igualmente se logró finalizar un primer examen sobre los artículos de ella por parte del Grupo de Trabajo de Derecho Civil. Mediante estas discusiones, la Comisión recogió unas ideas y necesidades que se plasman en un proyecto de informe, presentado el 7 de noviembre de

²⁴ Se entiende transmisión del riesgo al comprador cuando adquiere la posesión del bien y, sino fuera material, el control sobre el mismo (art. 142.1 y 2).

²⁵ Art. 106.

²⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (COM (2015) 635 final).

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-634-ES-F1-1.PDF>.

2016, del Mercado Interior del Parlamento Europeo y Protección del Consumidor y el Comité de Asuntos Legales. En él se recogen unas modificaciones del texto de la propuesta como, por ejemplo, introducir el concepto de servicios digitales, la introducción de una nueva regla mediante la cual cualquiera de las condiciones en detrimento de los derechos de protección de los consumidores no se consideraran vinculantes o, entre otras, que “la protección del consumidor se fortalece con respecto a los criterios para evaluar si los contenidos o servicios digitales están en conformidad con el contrato²⁷”.

Así, el 21 de noviembre de 2016, el Comité del Parlamento Europeo sobre Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior aprobó un dictamen sobre dicha propuesta con la necesidad principal de aumentar la protección de datos personales en el comercio en línea.

Un paso más fue el 9 de diciembre de 2016, cuando el Consejo reunió otro debate sobre la propuesta, discutiendo sobre tres temas: el problema del contenido digital, el de otros datos (que intercambia el consumidor en algunos contratos) y la necesidad de un equilibrio entre criterios objetivos y subjetivos de la conformidad.

Recientemente, el 15 de febrero de 2017, se presentaron enmiendas que se encuentran a espera de consideración, antes de que se adopte un informe.

1. MARCO EUROPEO: una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa
Según Jean-Claude Juncker, una de las prioridades para la UE es la creación del Mercado Único Digital. En esta comunicación para adoptar la Estrategia de dicho mercado²⁸, se recogen datos verificados para lograr un conocimiento exhaustivo sobre los problemas a los que se enfrentan, tanto consumidores como empresas, a la hora de poner a disposición bienes y servicios en un entorno digital.

Para lograr un marco de este calibre se necesita de una acción cooperativa por parte de la UE. Y, es que, con un avance tan rápido del sector de las tecnologías de la información y

²⁷ <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-contracts-for-supply-of-digital-content>

²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6.5.2015 (COM (2015) 192 final). La Comisión deja una definición de mercado único digital diciendo que “es aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia”, pág. 3.

la comunicación (TIC), los Estados miembros, por sí solos, no son capaces de realizar una modernización normativa que sea efectiva.

“La economía mundial se está convirtiendo rápidamente en digital” es una de las afirmaciones que nos invoca el texto y ayuda a entender la principal finalidad de la Estrategia. Tanto es así de cierta que la denominada economía digital supone unas consecuencias positivas para la sociedad como son la ampliación de mercado, el crecimiento del empleo y de empresas, la oferta de mejores precios y la creación de nuevas empresas, por ejemplo. Junto a este objetivo, como anteriormente se ha observado, la eliminación de barreras y obstáculos que genera una fragmentación legislativa entre los Estados es otra de las prioridades a conseguir con la regulación armonizada en el comercio electrónico

Resumiendo esta Estrategia, la Comisión se basa en tres pilares fundamentales: mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, y aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de nuestra economía digital europea.

En relación al primer pilar, unas de las medidas que se presentan en la Comunicación van dirigidas a mejorar la confianza en los consumidores a la hora de acceder a contenidos digitales mediante estas plataformas: la Comisión desea eliminar obstáculos como el existente en Derecho contractual que, como hemos visto, la propuesta de Reglamento anterior (CESL), no ha sido publicado ya que ha sido un instrumento abandonado, y en materia de propiedad intelectual, materia que se deja de lado en esta nueva regulación de contenidos digitales y nombraremos la situación en que se encuentra. Igualmente, se pretende mejorar los servicios de envío transfronterizo de paquetería de alta calidad a precios asequibles. Este último tema intenta superar los problemas que se presentan en la actualidad en cuanto a la incertidumbre de la entrega de un producto como a unos precios desigualados y bastante altos en este servicio. Otro inconveniente surgido de los obstáculos que encontramos es el llamado bloqueo geográfico (*geoblocking*). A veces, se puede justificar legalmente debido a las distintas normativas internas de los Estados miembros, pero muchas otras veces se convierte en un problema injustificado con el que los consumidores se ven limitados al acceso de los sitios web o reenviados a otra dirección con distintos catálogo de productos y precios más elevados. En este punto, se presenta que la Comisión realizará una propuesta legislativa modificada sobre el Reglamento

CESL²⁹ así como otras con intención de acabar con el bloqueo geográfico injustificado³⁰. Igualmente, la Comunicación presenta el problema del Derecho de propiedad intelectual en cuanto a la territorialidad de estos Derechos: la portabilidad de estos contenidos hacen que a los consumidores se le presente que no está disponible o no se puede acceder desde su país. Para las empresas, el hecho de la fragmentación normativa en cuanto al derecho contractual también desincentiva la venta de sus bienes o suministro de contenidos digitales más allá de sus fronteras³¹. Así, la Comisión presenta un sistema de reducción de cargas y obstáculos relacionados con el IVA.

En el segundo pilar, que nos centraremos menos, la Comisión explica que “el mercado único digital debe basarse en redes y servicios fiables, fidedignos, de alta velocidad y asequibles que salvaguarden los derechos fundamentales de los consumidores a la intimidad y la protección de los datos personales, fomentando al mismo tiempo la innovación”. Para ello, ofrece soluciones como un acceso correcto a las infraestructuras de banda ancha fija e inalámbrica a precios asequibles tanto para la población urbana como rural, que es la que más problemas presenta en la actualidad. A su vez, se pretende reformar y regular las plataformas en línea que son las que presenta un mayor crecimiento de manera sorprendente, como las redes sociales. Los contenidos ilícitos en Internet también requieren de la atención de la UE actuando de manera exhaustiva para eliminarlo cuanto antes. Así, también se pretende “reforzar la confianza y la seguridad en los servicios digitales y datos personales”, adoptando la Directiva sobre seguridad de las redes y de la información³² que, de momento, está en proceso de propuesta legislativa.

Por último, el tercer sobre aprovechar el potencial de este crecimiento de la economía digital, conviene resaltar las ideas de la construcción de una economía de datos para evitar el desarrollo de nuevas aplicaciones tecnológicas, impulsar un “aumento de la

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión..., cit. pág.5, “El objetivo consiste en garantizar que los agentes económicos en el mercado interior no se vea disuadidos de participar en las transacciones transfronterizas por las diferencias entre las legislaciones contractuales nacionales de los consumidores obligatorias, o las diferencias resultantes de las reglas específicas de los productos, como los etiquetados”.

³⁰ Todas las propuestas y trabajos de investigación están recogidos en el ANEXO a esta Comunicación.

³¹ MILÁ RAFAEL, R., “Intercambios digitales en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº17, 2016, pág. 14.

³² COM (2013) 48 final.

interoperabilidad de las nuevas tecnologías en el mercado único digital, como una comunicación inalámbrica 5G, y apoyar una sociedad electrónica integradora³³.

Bajo este marco con intento armonización en el sector digital, se aprueban las propuestas de directivas relativas a la compraventa en línea y a algunos aspectos de suministro de contenidos digitales que ahora pasamos a analizar.

2. Características comunes con la propuesta de directiva de 2015 sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes³⁴.

Para visualizar las características comunes de estas dos propuestas de directiva puestas en marcha en el mismo momento legislativo, vamos a utilizar la clasificación de MILÁ RAFAEL³⁵. Primero, apuntar que las dos recogen la misma exposición de motivos de la cual extraeremos sus ideas principales.

Una de las características en común principales es una armonización plena con normas centradas en aspectos clave del derecho contractual de consumo que limitan el comercio electrónico. La Comisión, tras el tratamiento de la materia con la propuesta del Reglamento CESL sobre una compraventa europea, deja este enfoque para utilizar la Directiva como un instrumento más eficiente ya que, así, los Estados miembros están obligados a una aplicación imperativa en sus legislaciones y con la prohibición de contener en ellas cualquier disposición que sea contraria a estas normas. Igualmente, el Reglamento CESL trataba el contrato de compraventa en todo su ámbito, como hemos visto en el apartado III.3, y, en cambio, estas propuestas se centran a regular los aspectos que limitan el comercio electrónico³⁶.

El ámbito de aplicación personal de las dos propuestas se transforma en que se necesita de un contrato entre un comerciante y un consumidor. Además, la exposición de motivos recoge la idea de que cuando el comprador sea una mediana o pequeña empresa (PYME),

³³ Instrumento que pretende beneficiar tanto la administración electrónica (sanidad, justicia, energía, etc.) como el aumento de demanda de empleo con cualificación digital.

³⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM (2015) 635 final). <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-635-ES-F1-1.PDF>.

³⁵ MILÁ RAFAEL, R., “*Intercambios digitales en Europa...*”, cit. Pág. 16 y ss.

³⁶ Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final y Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final: en la exposición de motivos expresan que las modificaciones se basan “limitando el alcance a la compraventa en línea y otras venta a distancia de bienes y ampliando el alcance a determinados contenidos digitales suministrados a cambio de una contraprestación no monetaria”.

no será de aplicación debido al concepto de consumidor que nos ofrece³⁷. Así, también encontramos que tienen en común el carácter imperativo a favor del consumidor, esto es, que en los contratos que se limite alguno de sus derechos la disposición contractual no será vinculante para él³⁸; y la acción de regreso a favor del vendedor o suministrador, en los casos en que, al ser responsable de la falta de conformidad, pueda interponer acción de regreso a anteriores responsables³⁹.

Con esta idea general sobre ambas directivas, pasamos a estudiar la Directiva relativa a determinados aspectos del suministro de contenidos digitales.

3. Contexto de la propuesta

El porqué de esta propuesta de Directiva la encontramos en los considerandos que se pueden observar a modo de exposición de motivos. Así, las circunstancias no cambian a los intentos anteriores de realizar una armonización entre los Estados miembros. Se expresa que “el potencial del crecimiento del comercio electrónico no está aun plenamente explotado” y que “es necesario garantizar un mejor acceso a los consumidores y facilitar que las empresas suministren contenidos digitales para impulsar la economía digital de la Unión y estimular el crecimiento general”.

Identifica los obstáculos que se encuentran en el camino del comercio electrónico referidos a la incertidumbre tanto de empresas como de consumidores, en el Derecho contractual. Desde el punto de vista de las empresas, sufren costes elevados en relación a la aplicación de diferentes normas nacionales e ir modificando sus contratos conforme a la ley aplicable. Por otro lado, los consumidores siguen llevando a cuentas una desconfianza motivada en la incertidumbre sobre sus derechos contractuales.

La Comisión ha querido centrar la propuesta en determinados aspectos de la relación contractual, ya no hay un modelo de compraventa regulado desde su principio hasta su fin; sino que le da importancia a cuestiones contractuales como la conformidad con el contenido digital del contrato, las formas de saneamiento a la falta de esta conformidad, la resolución de contratos de larga duración y la modificación del contrato. Así, encontramos el principio de subsidiariedad advirtiendo a los Estados miembros la prohibición de tener o publicar disposiciones contrarias a la Directiva pero no afectando

³⁷ Art. 2 ambas directivas: definición de consumidor: “toda persona física que [...] actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

³⁸ Art. 18 Directiva compraventa en línea y art. 19 Directiva suministro de contenidos digitales).

³⁹ Art. 16 Directiva compraventa en línea y art. 17 Directiva suministro de contenidos digitales).

a sus legislaciones internas en cuanto a normas que no estén expresadas en la Directiva⁴⁰. Igualmente, esta Directiva no trata sobre Derechos de autor y propiedad intelectual por el suministro de contenidos digitales, dejándolo en el marco de su legislación específica (considerando 20). Como sabemos, no todos los contenidos digitales gozan de una protección sobre la propiedad intelectual: se debe a las características exigidas para poder considerarse como una obra original (clasificación de Aparicio Vaquero recogida en el punto II.3 de este trabajo). Por ello, podemos considerar que la UE, en este caso, pretende una regulación generalizada centrándose en la contratación de estos bienes digitales pero sin hacer una división de ellos y regulando los derechos de autor pertinentes para cada situación.

4. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación tanto subjetivo como material lo encontramos en el articulado de la propuesta. En relación al ámbito subjetivo, la propuesta expresa en su art. 3 que se aplicará a los contratos entre un proveedor que suministra contenidos digitales y el consumidor que los adquiere, a cambio de un precio ya sea dinerario u otro tipo como el intercambio de datos personales. Para centrar aún más el ámbito objetivo, la definición de consumidor se recoge como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” (art. 2.4) y, en la parte contraria del contrato, el proveedor sería “cualquier persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” (art. 2.3).

El ámbito de aplicación objetivo es el contrato de suministro de contenidos digitales. Aquí, debemos exponer la nueva definición de contenido digital que nos ofrece la propuesta, siendo similar a la que da la Directiva 2011/83/UE pero con alguna modificación: el art. 2.1.a) de la Propuesta expresa que contenido digital son, por un lado, los “datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software”; por otro, el “servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor”, como servicios relacionados⁴¹; y

⁴⁰ Considerando 9 y 10 Propuesta de Directiva COM (2015) 634 final.

⁴¹ SPINDLER, G., *Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.15.2016*, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2016, pág. 8.

asimismo el “servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio”. A su vez, también se entiende como contenido digital los contenidos generados por el consumidor por ejemplo, una galería de fotos o servicios multimedia que almacene a través de plataformas puestas a disposición por parte de un proveedor (considerando 15).

El suministro también lo tenemos definido en el apartado 10 del mismo artículo: “hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o poner a disposición los contenidos digitales”. La Directiva se aplica a los servicios “cuyo objeto principal sea el suministro de contenidos digitales” (considerando 19). Así, sabiendo a qué contratos aplicamos la propuesta, relacionándolo con la exigencia de un precio ya sea monetario o no, también nos expresa a qué no es aplicable. Por ejemplo, la Directiva no debe aplicarse cuando un proveedor concentra datos que son necesarios para que los contenidos digitales funcionen; ni cuando esos datos son recogidos por el sistema de cookies aceptada por el consumidor; o si el consumidor acepta recibir información durante un periodo de tiempo (considerando 14). Igualmente, la directiva excluye de su ámbito de aplicación los “bienes producidos mediante el uso de tecnologías de impresión 3D” (considerando 16).

Terminando con este punto, una de las introducciones más novedosas, que ya hemos nombrado, es la de los contenidos digitales gratuitos⁴² refiriéndose al precio no dinerario sino una contraprestación en forma de datos activamente suministrados por el consumidor⁴³. En el considerando 13 de la propuesta, observamos que, a menudo, los contenidos digitales ya no conllevan un precio sino otras “formas de pago” como los datos personales del consumidor. Así expresa que, aplicándose de formas diferentes, “la introducción de una diferenciación dependiendo de la naturaleza de la contraprestación generaría una discriminación entre los diferentes modelos de negocio, ofrecería un incentivo injustificado a las empresas para orientarse hacia la oferta de contenidos digitales a cambio de datos”. Por lo que la directiva incluye este tipo de contraprestación como si fuera un precio, con condiciones equitativas, sin depender del tipo de pago.

Para que el ámbito de aplicación de esta propuesta quede aún más limitado en su contenido, vamos a nombrar el ámbito de la propuesta siamesa: en su art. 1 se recoge que la propuesta de Directiva “establece algunos requisitos sobre determinados aspectos de

⁴² SPINDLER, G. “*Contratos de suministro de contenidos digitales...*”, cit., pág. 11, como así los denomina.

⁴³ MILÁ RAFAEL, R., “*Intercambios digitales en Europa...*”, cit., pág. 31.

los contrato de compraventa a distancia celebrados entre el vendedor y el consumidor, en particular las normas sobre la conformidad del producto, los saneamientos en caso de no conformidad y las modalidades para el ejercicio de dichos saneamientos”. Igualmente, no se aplicación a los contratos a distancia para la prestación de servicios y, más importante en nuestro tema, la futura Directiva no será aplicable a “ningún soporte duradero que incorpore contenidos digitales cuando el soporte se haya utilizado exclusivamente como soporte para el suministro de los contenidos digitales al consumidor”.

5. Objeto y contenido

Para acabar explicando la propuesta de Directiva, pasamos a analizar su objeto. En el art. 1 se recoge el objeto pretendido por la UE en este instrumento expresando que se “establece determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales a los consumidores, en partículas normas sobre la conformidad de los contenidos digitales con el contrato, los recursos en caso de falta de conformidad y las modalidades para el ejercicio de dichos recursos, y sobre la modificación y resolución de los contratos. Primero nos fijaremos en la forma de suministro y después, con más desarrollo, la conformidad del contrato así como el saneamiento en caso de falta de ella, la resolución del contrato y su modificación.

El art. 5 expresa que el proveedor deberá suministrar los contenidos digitales al consumidor o a un tercero “que opere una instalación física o virtual poniendo los contenidos digitales a disposición del consumidor [...]”. En su segundo apartado recoge la forma y el tiempo para el suministro: la forma del suministro debe ser inmediata a la celebración del contrato, cabiendo acuerdo distinto entre las partes, y el tiempo del suministro es cuando los contenidos digitales se suministran conforme la forma exigida, al consumidor o al tercero.

5.1.Conformidad

Antes de nada, los contenidos digitales deben ser “conformes con lo que se prometió en el contrato”⁴⁴. Esta afirmación es la recogida en el art. 6.1⁴⁵ armonizando los criterios de

⁴⁴ Considerando 24.

⁴⁵ Art. 6.1: “para estar en conformidad con el contrato, los contenidos digitales será, cuando proceda: a) en la cantidad, con la claridad, duración y versión, y poseerán la funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como accesibilidad, continuidad y seguridad, según venga requerido por el contrato, incluyendo cualquier información precontractual que forme parte integrante del contrato; b) aptos para el uso concreto requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor haya aceptado, c) suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridas por el contrato, y d) actualizados como se establece en el contrato”.

conformidad que garanticen al consumidor sus derechos contractuales, creando una base normativa para afrontar correctamente esta conformidad en el contrato.

Así, si en el contrato no se aprecian disposiciones claras y comprensibles, se aplicaría el segundo apartado del art. 6 recogiendo un conjunto de criterios objetivos⁴⁶. Expresa que los requisitos anteriores, no recogidos de esta forma clara, serán “aptos para los fines a los que ordinariamente se destinen contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad, teniendo en cuenta” una serie de preceptos específicos para estos casos: como la contraprestación utilizada (dineraria o no); la existencia, o no, de una norma internacional, un código de conducta o buenas prácticas industriales; cualquier declaración del proveedor o de eslabones anteriores de la cadena salvo que el proveedor demuestre “que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera tal declaración, que la declaración había sido corregida en el momento de celebrar el contrato o que la declaración no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos digitales; cuando el contrato sea de duración en el tiempo, los contenidos digitales serán conformes durante todo el periodo; estos contenidos deberán suministrarse en la última versión disponible, salvo que acuerdo distinto de las partes; y los contenidos deberán cumplir también los requisitos de los arts. 7 y 8 sobre integración de los contenidos digitales⁴⁷ y derechos de terceros⁴⁸.

Según el art. 2.2 la integración es la “conexión entre diferentes componentes de un entorno digital para que actúen como un todo coordinador de conformidad con el fin previsto”. Así, se puede caer en una falta de conformidad de dos maneras: en cuanto al contenido digital, cuando se trata de una integración incorrecta; y en relación al proveedor, si la integración fue culpa de él o del consumidor⁴⁹.

⁴⁶ MILÁ RAFAEL, R., “*Intercambios digitales en Europa...*”, cit., pág. 36.

⁴⁷ Art. 7: “cuando los contenidos digitales hayan sido integrados incorrectamente, cualquier falta de conformidad derivada de dicha integración incorrecta será considerada como falta de conformidad de los contenidos digitales si: a) los contenidos digitales fueron integrados por el proveedor o bajo su responsabilidad, o b) estaba previsto que los contenidos digitales fueran integrados por el consumidor y su incorrecta integración, cuando dichas instrucciones se hubieran suministrado de conformidad con el art. 6.1.c) o art. 6.2.”.

⁴⁸ Art. 8: “en el momento en que los contenidos digitales se suministran al consumidor deben estar libres de derechos de terceros, incluidos los basados en propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato. 2. Cuando los contenidos digitales se suministren durante un periodo de tiempo, el proveedor mantendrá, durante dicho periodo, los contenidos digitales suministrados al consumidor libres de derechos de terceros, incluidos los relaciones con la propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizar de acuerdo con el contrato”.

⁴⁹ Considerando 30.

El art. 8 sobre el derecho de los terceros tiene su origen en que la naturaleza de un contenido digital comporta una sujeción a derechos de propiedad intelectual por lo que se reivindica que esos contenidos digitales estén libres de derechos de terceros, incluidos éstos: la propiedad intelectual⁵⁰.

En relación a la carga de la prueba conforme la falta de conformidad, la Directiva se centra en la correspondencia al proveedor (art. 9.1), ya que es éste el que tiene una presunción de conocer mejor tanto el contenido digital como la conformidad que conlleva en el contrato. Encontramos una excepción: cuando el proveedor demuestre que el entorno digital del consumidor era incompatible con la interoperabilidad, corresponderá al consumidor demostrar que los contenidos no son conformes al contrato. Así, el proveedor será el responsable cuando los bienes digitales no sean conformes, aunque se encuadre en un contrato de larga duración⁵¹. Por los incumplimientos a la obligación de conformidad se derivan varias consecuencias:

- a) Si el proveedor incumple la obligación de suministrar contenidos digitales de conformidad al contrato, constituyendo un incumplimiento grave conforme la obligación principal: el consumidor puede resolver el contrato inmediatamente (art. 11 y 13).
- b) Igualmente, en caso de no conformidad con el contrato, el consumidor tiene derecho a pedir que el proveedor los haga conformes (art. 12).
- c) Si esto no fuera posible, el consumidor tiene derecho a la petición de una reducción de precio o resolver el contrato. La reducción de precio debe ser proporcionada a la disminución del valor del contenido digital (art. 12.3 y 4). Si la vuelta de nuevo a la conformidad del contrato con los contenidos digitales no fuera posible, el consumidor puede resolver el contrato si la falta de conformidad afecta a sus características principales o a su interoperabilidad, por ejemplo (art. 12.3 y 13.5).
- d) Por último, en cuanto al art. 14 se expresa el derecho a indemnización por daños y perjuicios del proveedor al consumidor por una falta de conformidad en el contrato de contenidos digitales o un incumplimiento en el suministro de ellos.

⁵⁰ Considerando 31.

⁵¹ Considerando 32 y 34.

Un punto importante en esta Directiva es la ausencia de plazo para garantizar la falta de conformidad. Es decir, no hay garantía prevista debido a que los contenidos digitales “no son objeto de desgaste”⁵² por su naturaleza.

El derecho de resolución del contrato por parte del consumidor, recogido en el art. 13, debe ser garantizado de forma efectiva. Para ello, se dan una serie de obligaciones al proveedor para la efectividad de la resolución. Por ejemplo, el proveedor reembolsará el precio correspondiente en un plazo de 14 días, asimismo adoptará las medidas necesarias para abstenerse de utilizar las contraprestaciones del consumidor (los datos personales) y facilitará al consumidor los medios técnicos para recuperar los contenidos facilitados por el consumidor. En los contratos de larga duración también se garantiza el derecho a resolverlo (art. 16) así como la modificación de los contenidos digitales en estos contratos de larga duración (art. 15).

Antes hemos mencionado algunas de las modificaciones que produjeron las Directivas 1999 y 2011 sobre nuestra legislación nacional (TRLGDCU). Así, nos remitimos a la regulación para poder comparar nuestro Derecho vigente con el propósito de esta propuesta.

6. Crítica a la propuesta

El Instituto de Derecho Europeo (*European Law Institute*) elaboró en una declaración⁵⁴ sobre esta propuesta de Directiva en 2016 expresando el carácter subsanador de la propuesta para eliminar los obstáculos y aumentar la confianza en los contratos de contenidos digitales. En ella, se recogen recomendaciones para modificar:

- a) En relación a una protección insuficiente al consumidor: el proveedor no debería poder imponer sus propios estándares mínimos, el proveedor debería estar obligado a actualizar y mantener los contenidos digitales mientras el consumidor lo pueda esperar legítimamente, la Directiva debería establecer un plazo mínimo de prescripción y establecer una restricción al derecho del proveedor a modificar unilateralmente las características del contenido digital.
- b) En relación a problemas de coordinación con otras políticas de la UE: el ámbito de aplicación debería reconsiderarse, la Directiva debería ser aplicable siempre

⁵² Considerando 43.

⁵⁴ MILÁ RAFAEL, R., “La declaración del European Law Institute sobre la propuesta de directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº20, 2016, pág. 251 y ss.

que el proveedor explote datos del usuario y los criterios de conformidad con la Directiva deberían incluir la privacidad por diseño y por defecto.

6.1.La ausencia de los derechos de propiedad intelectual

Como hemos visto, el consumidor está protegido mediante unas normas relativas a los contratos a la forma de resolverlos si existe una falta de conformidad con el contrato de contenidos digitales. Una vez obtenido, vamos a examinar las posibilidades del usuario en cuanto al contenido digital para su reventa o copia, por ejemplo (existirían más posibilidades). Esto se debe a que la propuesta objeto de trabajo, sí garantizando el buen funcionamiento del contenido digital, excluye esta materia importante para los contenidos digitales debido a que, en la mayoría de las ocasiones, la propiedad intelectual va a ir unida a los propios contenidos digitales constituyendo límites o derechos sobre ellos. Así, se crea una distinción de obra en soporte digital y un contenido digital en dicho soporte o distinto, creando una inseguridad jurídica tanto para los que gozan de la protección de propiedad intelectual como para los consumidores y usuarios de estos contenidos posiblemente protegidos.

Por ello, lo incluimos en este apartado de crítica.

6.1.1. La reventa de contenidos digitales: la doctrina UsedSoft

Como sabemos, la obra protegida por derechos de autor (Propiedad Intelectual) goza de muchos derechos, como son el derecho de reproducción, de explotación, de comunicación pública o de distribución, entre otros. Nos vamos a centrar en el derecho de distribución que es aquel que “se basa en la puesta a disposición del público del original o de copias de la obra en un soporte tangible”⁵⁵. Este derecho tiene una excepción: el agotamiento.

El caso *UsedSoft*⁵⁶ (ANEXO II) se centra en el agotamiento del derecho de distribución. Esta sentencia se debe a una cuestión prejudicial realizada por el tribunal alemán en casación y, resumiendo el caso, Oracle demanda a UsedSoft por la venta de unas copias sobre programas de ordenador. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) crea una doctrina basada en el posible agotamiento del derecho de distribución de una obra protegida por derechos de autor (en este caso, programa de ordenador) cuando, en primer lugar, el consumidor obtiene una copia a cambio de un precio correspondiente

⁵⁵ Definición extraída de la Biblioteca de la Universidad de Murcia (<http://www.um.es/web/biblioteca/contenido/propiedad-intelectual/cuestiones-generales>).

⁵⁶ TJUE de 3.7.2012, asunto C-128/11, UsedSoft GmbH c. Oracle International Corps

con el valor económico del bien dando lugar a un contrato de compraventa y, por tanto, transmitiendo el derecho de propiedad y, en segundo lugar, el transmitente destruye la copia una vez vendida. Así, el TJUE aclara que, debido a esto, se produce un agotamiento del derecho de distribución y, por tanto, sería declarada nula toda disposición contractual que prohibiera una reventa o la realización de cualquier copia.

Con este resumen, el planteamiento que ahora nos atañe hacer es si puede ser aplicable a los demás contenidos digitales que no sean programas de ordenador. Muchos son los autores⁵⁷ que han dudado de ello. Pero la conclusión es clara: la Directiva de Derechos de Autor⁵⁸ y la Directiva de Programas de Ordenador⁵⁹ son normas que, en cuanto a esta cuestión del agotamiento, expresamente se refiere a estos contenidos digitales, con unas características y menciones específicas, a las que no puede hacer una analogía a los demás contenidos digitales tales como *ebooks*, videojuegos, multimedia, etc.

Así, en nuestro caso, no sería posible que el usuario de un contenido digital distinto de un programa de ordenador pudiera revender su bien ya sea material o digital, copia u original.

6.1.2. La copia privada

En relación a las copias privadas, no todos los Estados miembros de la UE gozan de una regulación que la permite. En España, que sí tenemos, encontramos su regulación en la Ley de Propiedad Intelectual⁶⁰ (en adelante LPI) en la cual se dedica el art. 31 a la reproducción y copias privadas y está recogido como un límite al derecho de exclusiva del titular del bien. Para Aparicio Vaquero, esta disposición resultaría de “un pretendido interés social” y “por la simple constatación de que resultaba imposible prohibir o controlar siquiera la realización de copias por parte del adquiriente o poseedor de un ejemplar en ámbito más privado”.

En este contexto, el art. 31.2 LPI expresa que no se requerirá autorización del titular cuando concurren de manera simultánea tres circunstancias:

⁵⁷ Autores consultados: Juan Pablo Aparicio Vaquero, Pablo Uslé, Sergio Cámara Lapuente y Pedro de Miguel Asensio.

⁵⁸ Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de marzo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de Información.

⁵⁹ Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

- Que se realice por una persona física para su uso privado, es decir, sin fines profesionales o empresariales;
- Que se haya accedido a las obras de manera legal desde una fuente lícita. Aquí, la LPI explica que se debe entender por legal y lícito recogiendo que será “cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil o cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada”; y
- Que la copia no sea realizada con fines lucrativos ni se distribuya a cambio de un precio.

Igualmente, este art. 31, completo en su redacción modificado en 2014, recoge que los programas de ordenador y las bases de datos quedaran excluidos de este “derecho a copia privada” al igual que “las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra”.

V. CONCLUSIONES

El comercio electrónico, durante los últimos años, está realizando un incremento muy relevante desde la UE, lo que conlleva una regulación efectiva. Parece sencillo, pero en muchas ocasiones la sociedad avanza más rápido que las propias normas.

El comercio electrónico comenzó ya en los años 80 del siglo pasado con la llegada de Internet al mundo, creciendo de una manera sorprendente. Así, la UE es la encargada para, en territorio comunitario, proteger de una manera exhaustiva a comerciantes y consumidores en este comercio digital. En la comunicación de la Comisión del 2010 (Agenda Digital para Europa), se dejan ver los problemas a los que se estaba enfrentando la UE en el ámbito del comercio electrónico como, por ejemplo, las barreras existentes en la UE para que las empresas y consumidores pudieran contratar bienes y servicios en línea sin dificultades.

La Directiva 1999/44/CE la podemos incluir en el derecho de consumo, no porque se centre en esta tipología de comercio (electrónico) sino por las pinceladas que consiguen una posterior regulación frente a los problemas que se presentan en la actualidad. Su publicación se debe a que los diferentes Estados Miembros presentan disparidades en cuanto a sus legislaciones en materia de derechos del consumidor para su protección, impidiendo el crecimiento de las compraventas entre Estados Miembros para los consumidores con una inseguridad jurídica para ellos. En este momento, las instituciones consideraron que el mayor problema entre los consumidores y las empresas se encontraba en la falta de conformidad para las compraventas europeas, introduciendo una presunción impugnabile de conformidad.

La Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores presenta la necesidad de una armonización estándar en relación a los contratos a distancia y fuera del establecimiento, alejándose de la armonización mínima (se aleja ya de una regulación general en materia de contratos). Su objetivo era el incremento de las ventas transfronterizas ya que seguían siendo inferiores que las nacionales. El problema que fomentó esta publicación se debía a que, la misma diferencia existente entre las legislaciones de los Estados Miembros, creaba un elevado coste a los comerciantes y una desconfianza a los consumidores. Así, la Directiva 2011/83/CE se centra en regular las relaciones entre empresas y consumidores, como por ejemplo la información precontractual o el derecho de desistimiento. Esta Directiva, no centraba aun en el

comercio electrónico de manera singular, se realiza transposición en España mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

La propuesta de Reglamento CELS es un intento, una vez más, de armonizar las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de una compraventa europea común para todos los Estados. Esto significa un paso más: la UE ya no quiere regular determinados tipos de contratos o, dentro de ellos, algunos derechos de las partes partícipes, sino que desea crear un contrato común de compraventa del que puedan beneficiarse empresas y consumidores. A su vez, no se pretende que este modelo contractual sustituya las legislaciones nacionales, sino que puedan optar a él como un segundo régimen siempre que las partes del contrato estén de acuerdo de manera manifiesta. Otra novedad de este instrumento normativo, es la aplicación al contrato de suministro de contenidos digitales, recogido expresamente. Y, no solo eso, sino que será de aplicación cuando estos contenidos no se realicen a cambio de un precio sino, también, de manera gratuita como puede ser un acceso a datos de datos personales.

En la Estrategia para un Mercado Único Digital se recogen las consecuencias positivas que tiene la economía digital en nuestra sociedad como la ampliación del mercado o el crecimiento del empleo. Así, la Comisión pretende fomentar la regulación del comercio electrónico con tres pilares fundamentales: mejorando el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, creando las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, y aprovechando el máximo potencial de crecimiento de nuestra economía digital europea.

Ya en el 2015, dejando atrás la propuesta de Reglamento CELS y creando nuevos instrumentos para una mayor efectividad de la norma, la Comisión creó dos propuestas de Directiva (relativa a los contratos de suministro de contenidos digitales, y relativa a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes). El ámbito de aplicación personal de las dos propuestas se transforma en que se necesita de un contrato entre un comerciante y un consumidor. Conforme a la primera, que es la que tratamos en este trabajo, sigue existiendo el problema del elevado coste a las empresas para la aplicación de diferentes normas nacionales y la desconfianza de los consumidores por la incertidumbre de los derechos contractuales. Esta norma se centra en los contratos entre

un proveedor que suministra contenidos digitales y el consumidor que los adquiere, a cambio de un precio dinerario u otro tipo como el intercambio de datos personales (siguiendo la línea de la propuesta de Reglamento CELS). En particular, esta propuesta ya no pretende un contrato de compraventa común a todos los Estados Miembros, sino que el objetivo es establecer unas normas comunes en esta tipología de contratos relativas a la conformidad de los contenidos digitales con el contrato, los recursos en caso de falta de ella, las modalidades para el ejercicio de dichos recursos y sobre la modificación y resolución de estos contratos.

Para terminar con estas ideas principales, una de las mayores incertidumbres que nos dejaría esta propuesta de Directiva viene acompañada sobre los derechos de autor y la propiedad intelectual de los contenidos digitales. Y, es que, siendo una materia implícita en la mayoría de los contenidos, la directiva lo excluye de su aplicación dejándolo en el marco de su legislación específica. Por ello, podemos considerar que la UE no pretende realizar la división de los contenidos digitales necesaria para saber cuál necesita de normas en propiedad intelectual y cuál no.

VI. BIBLIGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, 2ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 975 a 1648.

CÁMARA LAPUENTE, S., La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, Civitas, LUGAR, 2012, págs. 457 a 507.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., Derecho privado de Internet, 4ª edic., Civitas, Pamplona, 2011.

PEGUERA POCH, M., Principios de derecho de la sociedad de la información, Aranzadi, 2010, págs. 318 a 386 y 444 a 518.

PLAZA PENADÉS, J., Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación, Aranzadi, 2013, págs. 177 a 230 y 615 a 889.

Artículos:

APARICIO VAQUERO, J. P., “*Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales*”, en INDRET Revista para el análisis del Derecho, 2016 (<http://www.indret.com/pdf/1246.pdf>). Visto el día 15/03/2017.

CASTILLO PARRILLA, J. A., “*El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores de la propuesta CESL y la directiva 2011/83/UE a la propuesta de directiva 634/2015, de 9 de diciembre*”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 17, 2016, pág. 45 (<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1040>). Visto el día 20/03/2017.

CASTILLO PARRILLA, J. A., “*La previsible evolución de la regulación de los contenidos digitales en el Derecho de la Unión Europea (Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales)*”, en Revista LEX MERCATORIA, nº 1, 2016, pág. 12 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5728006>). Vito el día 27/02/2017.

MILÁ RAFAEL, R., “*Intercambios digitales en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales*”, en Revista CESCO de

Derecho de Consumo, nº 17, 2016, pág. 11 (<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1054>). Visto el día 8/04/2017.

MILÁ RAFAEL, R., “*La declaración del European Law Institute sobre la propuesta de directiva de la Comisión Europea de contenidos digitales a consumidores*”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 20, 2016, pág. 249 (<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1267>). Visto el día 4/03/2017.

SPINDLER, G., “*Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015*”, en INDRET Revista para el análisis del Derecho, 2016 (<http://www.indret.com/pdf/1243.pdf>). Visto el día 25/02/2017).

Documentos:

Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Una Agenda Digital para Europa”, Bruselas, 2010 (COM (2010) 245 final/2).

Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una Estrategia Mercado Único Digital de Europa”, Bruselas, 2015 (COM (2015) 192 final).

Comisión Europea, “Un mercado único digital para Europa: la Comisión establece 16 iniciativas para conseguirlo”, Bruselas, 2015.

Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y Comisión de Asuntos Jurídicos, “Documento de trabajo sobre la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en Parlamento Europeo, 2016.

Comisión Europea, “Commission Staff Working Document: Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry”, Bruselas, 2016 (SWD (2016) 312 final).

Comisión Europea, “Defensa de la competencia: la Comisión publica las conclusiones iniciales de la investigación en el sector del comercio electrónico”, Bruselas, 2016, (comunicado de prensa).

Normativa

Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales”, Bruselas, 2015 (COM (2015) 634 final).
<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-634-ES-F1-1.PDF>.

Tramitación actual de la propuesta: <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-contracts-for-supply-of-digital-content>

Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes”, Bruselas, 2015 (COM (2015) 635 final).
<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-635-ES-F1-1.PDF>

Comisión Europea, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea”, Bruselas, 2011 (COM (2011) 635 final).
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF>

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029>).

Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (<https://www.boe.es/doue/2009/111/L00016-00022.pdf>).

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:Es:PDF>).

Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31999L0044>).

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3329).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones vigentes sobre la materia (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>).

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>).

Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directiva de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. (http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5855)

ANEXO I

Información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento

A. Modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento

Derecho de desistimiento:

Tiene usted derecho a desistir del presente contrato en un plazo de 14 días naturales sin necesidad de justificación.

El plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales del día (1).

Para ejercer el derecho de desistimiento, deberá usted notificarnos (2) su decisión de desistir del contrato a través de una declaración inequívoca (por ejemplo, una carta enviada por correo postal, fax o correo electrónico). Podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura a continuación, aunque su uso no es obligatorio (3).

Para cumplir el plazo de desistimiento, basta con que la comunicación relativa al ejercicio por su parte de este derecho sea enviada antes de que venza el plazo correspondiente.

Consecuencias del desistimiento:

En caso de desistimiento por su parte, le devolveremos todos los pagos recibidos de usted, incluidos los gastos de entrega (con la excepción de los gastos adicionales resultantes de la elección por su parte de una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria que ofrecemos) sin ninguna demora indebida y, en todo caso, a más tardar 14 días naturales a partir de la fecha en la que se nos informe de su decisión de desistir del presente contrato. Procederemos a efectuar dicho reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por usted para la transacción inicial, a no ser que haya usted dispuesto expresamente lo contrario; en todo caso, no incurrirá en ningún gasto como consecuencia del reembolso (4).

(5)

(6)

Instrucciones para su cumplimentación:

(1) Insértese una de las expresiones que aparecen entre comillas a continuación:

a) en caso de un contrato de servicios o de un contrato para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material: “de la celebración del contrato”;

b) en caso de un contrato de venta: “que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material de los bienes”;

c) en caso de un contrato de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor y usuario en el mismo pedido y entregados por separado: “que

usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material del último de esos bienes”;

d) en caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas: “que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material del último componente o pieza”;

e) en caso de un contrato para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado: “que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material del primero de esos bienes”.

(2) Insértese su nombre, su dirección completa y, si dispone de ellos, su número de teléfono, su número de fax y su dirección de correo electrónico.

(3) Si usted ofrece al consumidor y usuario en su sitio web la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente información relativa a su desistimiento del contrato, insértese el texto siguiente: “Tiene usted asimismo la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento o cualquier otra declaración inequívoca a través de nuestro sitio web [insértese la dirección electrónica]. Si recurre a esa opción, le comunicaremos sin demora en un soporte duradero (por ejemplo, por correo electrónico) la recepción de dicho desistimiento”.

(4) En caso de un contrato de venta en el que usted no se haya ofrecido a recoger los bienes en caso de desistimiento, insértese la siguiente información: “Podremos retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que usted haya presentado una prueba de la devolución de los mismos, según qué condición se cumpla primero”.

(5) Si el consumidor y usuario ha recibido bienes objeto del contrato insértese el texto siguiente:

(a) insértese:

– “Recogeremos los bienes”, o bien

– “Deberá usted devolvernos o entregarnos directamente los bienes o a... (Insértese el nombre y el domicilio, si procede, de la persona autorizada por usted a recibir los bienes), sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que nos comunique su decisión de desistimiento del contrato. Se considerará cumplido el plazo si efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido dicho plazo”;

(b) insértese:

– “Nos haremos cargo de los costes de devolución de los bienes”;

– “Deberá usted asumir el coste directo de devolución de los bienes”;

– En caso de que, en un contrato a distancia, usted no se ofrezca a hacerse cargo de los costes de devolución de los bienes y estos últimos, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo: “Deberá usted asumir el coste directo de devolución de los bienes, ... euros (insértese el importe)”;

o, si no se puede realizar por adelantado un cálculo razonable del coste de devolución de los bienes: “Deberá usted asumir el coste directo de devolución de los bienes. Se calcula que dicho coste se eleva a aproximadamente... euros (insértese el importe) como máximo”, o bien

- En caso de que, en un contrato celebrado fuera del establecimiento, los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo y se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato: "Recogeremos a nuestro cargo los bienes";

(c) "Solo será usted responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características y el funcionamiento de los bienes".

(6) En caso de un contrato para la prestación de servicios o para el suministro de agua, gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o calefacción mediante sistemas urbanos, insértese lo siguiente: "Si usted ha solicitado que la prestación de servicios o el suministro de agua/ gas/ electricidad/ calefacción mediante sistemas urbanos (suprímase lo que no proceda) dé comienzo durante el período de desistimiento, nos abonará un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que nos haya comunicado su desistimiento, en relación con el objeto total del contrato".

B. Modelo de formulario de desistimiento

(Sólo debe cumplimentar y enviar el presente formulario si desea desistir del contrato)

- A la atención de (aquí se deberá insertar el nombre del empresario, su dirección completa y, si dispone de ellos, su número de fax y su dirección de correo electrónico):

- Por la presente le comunico/comunicamos (*) que desisto de mi/desistimos de nuestro (*) contrato de venta del siguiente bien/prestación del siguiente servicio (*)

- Pedido el/recibido el (*)

- Nombre del consumidor y usuario o de los consumidores y usuarios

- Domicilio del consumidor y usuario o de los consumidores y usuarios

- Firma del consumidor y usuario o de los consumidores y usuarios (solo si el presente formulario se presenta en papel)

- Fecha

(*) Táchese lo que no proceda.»

ANEXO II

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 3 de julio de 2012 (*)

«Protección jurídica de programas de ordenador — Comercialización de licencias de programas de ordenador de segunda mano descargados de Internet — Directiva 2009/24/CE — Artículos 4, apartado 2, y 5, apartado 1 — Agotamiento del derecho de distribución — Concepto de “adquirente legítimo”»

En el asunto C-128/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Alemania), mediante resolución de 3 de febrero de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de marzo de 2011, en el procedimiento entre UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts (Ponente) y J.-C. Bonichot y la Sra. A. Prechal, Presidentes de Sala, y los Sres. K. Schiemann, E. Juhász, A. Borg Barthet y D. Šváby y la Sra. M. Berger, Jueces; Abogado General: Sr. Y. Bot; Secretario: Sr. K. Malacek, administrador; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de marzo de 2012; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de UsedSoft GmbH, por la Sra. B. Ackermann y el Sr. A. Meisterernst, Rechtsanwälte;
- en nombre de Oracle International Corp., por la Sra. T. Heydn y el Sr. U. Hornung, Rechtsanwälte;
- en nombre de Irlanda, por el Sr. D. O’Hagan, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno español, por la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. J. Gstalter, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. S. Fiorentino, avvocato dello Stato;

– en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. J. Samnadda y el Sr. F.W. Bulst, en calidad de agentes; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 24 de abril de 2012; dicta la siguiente Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 111, p. 16).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre UsedSoft GmbH (en lo sucesivo, «UsedSoft») y Oracle International Corp. (en lo sucesivo, «Oracle»), relativo a la comercialización por UsedSoft de licencias de programas de ordenador de segunda mano de Oracle.

Marco jurídico

Derecho internacional

3 La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) adoptó en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (en lo sucesivo, «Tratado sobre derecho de autor»). Este Tratado fue aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000 (DO L 89, p. 6).

4 El artículo 4 del Tratado sobre derecho de autor, titulado «Programas de ordenador», presenta la siguiente redacción:

«Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.»

5 El artículo 6 del Tratado sobre derecho de autor, bajo la rúbrica «Derecho de distribución», establece lo siguiente:

«1. Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2. Nada en el presente Tratado afectará [a] la facultad de las Partes contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1 después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.»

6 El artículo 8 del Tratado sobre derecho de autor dispone lo siguiente:

«[...] los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.»

7 A tenor de la declaración concertada respecto de los artículos 6 y 7 del Tratado sobre derecho de autor:

«Tal como se utilizan en esos artículos, las expresiones «copias» y «originales y copias» sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (en esta declaración concertada, la referencia a «copias» debe ser entendida como una referencia a «ejemplares», expresión utilizada en los artículos mencionados).»

Derecho de la Unión

Directiva 2001/29/CE

8 Los considerandos 28 y 29 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos

de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10), declaran lo siguiente:

«(28) La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible. La primera venta en la Comunidad del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la Comunidad. Este derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad. En la Directiva 92/100/CEE se establecieron los derechos de alquiler y préstamo de los autores. El derecho de distribución previsto en la presente Directiva deberá entenderse sin perjuicio de las disposiciones en materia de derechos de alquiler y préstamo del Capítulo I de dicha Directiva.

(29) El problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea. Ello se aplica también a las copias materiales de una obra o prestación efectuadas por un usuario de dicho servicio con el consentimiento del titular del derecho. Por consiguiente, cabe aplicar lo mismo al alquiler y préstamo del original y de copias de las obras o prestaciones que por su naturaleza constituyan servicios. A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor.»

9 Conforme al artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2001/29, ésta «dejará intactas y no afectará en modo alguno [a] las disposiciones comunitarias vigentes relacionadas con [...] la protección jurídica de los programas de ordenador».

10 El artículo 3 de la Directiva 2001/29 dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal

forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

[...]

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.»

11 El artículo 4 de dicha Directiva, titulado «Derecho de distribución», preceptúa lo siguiente:

«1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio.

2. El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento.»

Directiva 2009/24

12 La Directiva 2009/24, tal como señala su considerando 1, procede a la codificación de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 122, p. 42).

13 A tenor del considerando 7 de la Directiva 2009/24, «a los efectos de [esta] Directiva, el término “programa de ordenador” incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el hardware».

14 Según el considerando 13 de dicha Directiva, «los actos de carga y de desarrollo necesarios a la utilización de una copia de un programa legalmente adquirido, y el acto de corrección de sus errores, no pueden ser prohibidos por contrato».

15 El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2009/24 estipula que «los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas».

16 A tenor del artículo 1, apartado 2, de la citada Directiva, «la protección prevista en la presente Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador».

17 El artículo 4 de la referida Directiva, titulado «Actos sujetos a restricciones», prescribe lo siguiente:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6, los derechos exclusivos del titular en el sentido del artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar:

a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho;

b) la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador;

c) cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler, del programa de ordenador original o de sus copias.

2. La primera venta en la Comunidad de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución en la Comunidad de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.»

18 El artículo 5 de la Directiva 2009/24, con la rúbrica «Excepciones a los actos sujetos a restricciones», dispone en su apartado 1 lo siguiente:

«Salvo que existan disposiciones contractuales específicas, no necesitarán la autorización del titular los actos indicados en el artículo 4, apartado 1, letras a) y b), cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del programa de ordenador por parte del adquirente legítimo con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores.»

Derecho alemán

19 Los artículos 69c y 69d de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (Ley sobre derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor), de 9 de septiembre de 1965, en su versión modificada (en lo sucesivo, «UrhG»), proceden respectivamente a la transposición al Derecho interno de los artículo 4 y 5 de la Directiva 2009/24.

Hechos que originaron el litigio principal y cuestiones prejudiciales

20 Oracle desarrolla y distribuye programas de ordenador. Dicha empresa es titular del derecho de uso exclusivo de tales programas en virtud de los derechos de autor. También es titular de las marcas denominativas alemanas y comunitarias Oracle, registradas —entre otros— para programas de ordenador.

21 En el 85 % de los casos Oracle distribuye los programas de ordenador controvertidos en el litigio principal, a saber, software de bases de datos, mediante descargas de Internet. El cliente descarga en su ordenador directamente de la página web de Oracle una copia del programa. Se trata de programas de ordenador que funcionan con arreglo a la modalidad «cliente/servidor». El derecho de uso del programa, concedido mediante un contrato de licencia, incluye el derecho de almacenar de manera permanente la copia del programa en un servidor y permitir a un determinado número de usuarios acceder al mismo descargando la copia en la memoria principal de sus estaciones de trabajo. En virtud de un contrato de mantenimiento, se pueden descargar de la página web de Oracle versiones actualizadas del programa de ordenador de que se trate («updates») y programas

que sirven para subsanar errores («patches»). A petición del cliente, los programas de ordenador controvertidos pueden proporcionarse también en CD-ROM o en DVD.

22 Con respecto a los programas de ordenador controvertidos en el litigio principal, Oracle ofrece licencias para grupos mínimos de 25 usuarios cada una. Así pues, la empresa que necesite una licencia para 27 usuarios debe adquirir dos licencias.

23 Los contratos de licencia de Oracle relativos a los programas de ordenador controvertidos en el litigio principal contienen, bajo el epígrafe «Concesión de derechos», la siguiente cláusula:

«Con el pago por los servicios tendrá, exclusivamente para sus operaciones profesionales internas, un derecho de uso indefinido, no exclusivo, no transmisible y gratuito respecto de todos aquellos productos y servicios que Oracle desarrolle y le ceda basándose en el presente contrato.»

24 UsedSoft comercializa licencias de segunda mano de programas de ordenador, concretamente licencias de uso relativas a los programas de ordenador de Oracle controvertidos en el litigio principal. A tal efecto, UsedSoft adquiere a los clientes de Oracle las licencias de uso, o bien una parte de éstas cuando las licencias inicialmente adquiridas son válidas para un número de usuarios mayor del que necesita el primer adquirente.

25 En octubre de 2005, UsedSoft ofertó «promociones especiales Oracle», en el marco de las cuales ponía en venta licencias «ya utilizadas» relativas a los programas de ordenador de Oracle controvertidos en el litigio principal. De este modo, UsedSoft indicaba que todas las licencias estaban «actualizadas», en el sentido de que el contrato de mantenimiento suscrito por el licenciatario inicial con Oracle seguía produciendo sus efectos y que un documento notarial confirmaba la legalidad de la venta inicial.

26 Los clientes de UsedSoft que aún no disponen del programa de ordenador de Oracle controvertido descargan directamente de la página web de Oracle, tras haber adquirido una de estas licencias de segunda mano, una copia del programa. En cuanto a los clientes que ya disponen de ese programa de ordenador y compran como complemento licencias

para usuarios adicionales, UsedSoft les hace copiar el programa de ordenador en las estaciones de trabajo de estos usuarios.

27 Oracle presentó una demanda en el Landgericht Manchen I para que se ordenara a UsedSoft poner fin a las prácticas mencionadas en los apartados 24 a 26 de la presente sentencia. Dicho tribunal estimó las pretensiones de Oracle. El recurso de apelación contra esta resolución interpuesto por UsedSoft fue desestimado, interponiendo ésta a continuación recurso de casación ante el Bundesgerichtshof.

28 Según el órgano jurisdiccional remitente, las acciones de UsedSoft —y de sus clientes— menoscaban el derecho exclusivo de Oracle de reproducción permanente o transitoria de los programas de ordenador, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24. En opinión de ese tribunal, los clientes de UsedSoft no pueden basarse en un derecho que Oracle les habría transmitido válidamente a efectos de la reproducción de los programas de ordenador. Ciertamente, de los contratos de licencia de Oracle se desprende que el derecho de uso de los programas «no [es] transmisible». Por consiguiente, los clientes de Oracle no están autorizados para transmitir a terceros el derecho de reproducción de tales programas.

29 El órgano jurisdiccional remitente considera que la solución del litigio principal depende de si los clientes de UsedSoft pueden invocar válidamente el artículo 69d, apartado 1, de la UrhG, mediante el que se lleva a cabo la transposición al Derecho alemán del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24.

30 A este respecto, se plantea antes de nada la cuestión de si la persona que, como los clientes de UsedSoft, no dispone de un derecho de uso del programa de ordenador conferido por el titular de los derechos de autor, pero pretende invocar el agotamiento del derecho de distribución de una copia del programa de ordenador, es un «adquirente legítimo» de esa copia, a efectos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24. El órgano jurisdiccional remitente estima que así sucede en este caso. Aduce que la aptitud de una copia de un programa de ordenador para circular en el mercado, que resulta del agotamiento del derecho de distribución, carecería en gran medida de interés si el adquirente de tal copia no tuviera el derecho de reproducir el programa de ordenador. En efecto, la utilización de un programa de ordenador requiere por lo general la reproducción

del mismo, a diferencia de la utilización de otras obras protegidas por un derecho de autor. Afirma dicho tribunal que, por tanto, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24 tiene por objeto garantizar el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de ésta.

31 A continuación, el tribunal remitente se pregunta si, en un caso como el del litigio principal, se agota el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador, en el sentido del artículo 69c, número 3, segunda frase, de la UrhG, mediante el que se procede a la transposición del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

32 A su juicio, son posibles varias interpretaciones. En primer lugar, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 podría ser aplicable cuando el titular de los derechos de autor autoriza a un cliente —tras celebrar un contrato de licencia— a realizar una copia del programa de ordenador mediante su descarga de Internet y su almacenamiento en el ordenador. La disposición controvertida asociaría la consecuencia jurídica del agotamiento del derecho de distribución a la primera venta de una copia del programa y no supondría necesariamente la puesta en circulación de una copia física del programa de ordenador. En segundo lugar, el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva podría ser aplicable por analogía en el caso de la venta de un programa de ordenador mediante la transmisión en línea. Según los defensores de esta tesis, respecto a este extremo existe una laguna normativa no intencionada («planwidrige Regelungslücke») al no contemplar ni regular los autores de esa Directiva la transmisión en línea de programas de ordenador. En tercer lugar, el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva no sería aplicable porque el agotamiento del derecho de distribución en virtud de tal disposición supondría siempre la puesta en circulación de una copia física del programa de ordenador por el titular de los derechos o con su consentimiento. Los autores de la Directiva 2009/24 habrían renunciado deliberadamente a someter la transmisión en línea de programas de ordenador a la regla del agotamiento.

33 Por último, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la cuestión de si la persona que ha adquirido una licencia de segunda mano puede, para realizar una copia del programa —como hacen en el asunto principal los clientes de UsedSoft descargando en un ordenador una copia del programa de Oracle de la página web de esta empresa o descargándola en la memoria principal de otras estaciones de trabajo—, invocar el

agotamiento del derecho de distribución de la copia del programa de ordenador que el primer adquirente ha realizado descargándola de Internet con la autorización del titular de los derechos, cuando el primer adquirente haya borrado su copia o ya no la utilice. El tribunal remitente estima que no cabe aplicar por analogía ni el artículo 5, apartado 1, ni el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24. Arguye que el agotamiento del derecho de distribución tiene únicamente por objeto garantizar la aptitud para circular en el mercado de la copia de un programa que se materializa en un soporte de datos concreto y se vende por el titular de los derechos o con su consentimiento. Afirma ese tribunal que, por consiguiente, el efecto del agotamiento no debe alcanzar al fondo inmaterial de datos transmitido en línea.

34 En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es “adquirente legítimo” en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24 quien puede invocar el agotamiento del derecho de distribución de una copia de un programa de ordenador?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Se agota el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador en el sentido del artículo 4, apartado 2, parte inicial de frase, de la Directiva 2009/24 cuando el adquirente hizo la copia con la autorización del titular del derecho descargando el programa de Internet en un soporte de datos?

3) En caso de respuesta afirmativa también a la segunda cuestión: ¿Puede quien haya adquirido una licencia de programa de ordenador “de segunda mano” invocar también, con arreglo a los artículos 5, apartado 1, y 4, apartado 2, parte inicial de frase, de la Directiva 2009/24, el agotamiento del derecho de distribución de la copia del programa de ordenador realizada por el primer adquirente mediante descarga del programa de Internet en un soporte de datos con la autorización del titular del derecho, para hacer una copia del programa como “adquirente legítimo” cuando el primer adquirente haya borrado su copia del programa o ya no la utilice?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la segunda cuestión prejudicial

35 Mediante la segunda cuestión prejudicial, que procede examinar en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si, y en qué circunstancias, la descarga de Internet de una copia de un programa de ordenador, autorizada por el titular de los derechos de autor, puede dar lugar al agotamiento del derecho de distribución en la Unión Europea de dicha copia, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

36 Ha de recordarse que, a tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, la primera venta en la Unión de una copia de un programa por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución en la Unión de dicha copia.

37 De la resolución de remisión se desprende que el propio titular de los derechos de autor, en este caso Oracle, pone a disposición de sus clientes en la Unión que deseen utilizar su programa de ordenador una copia de éste, que puede ser descargada de la página web de la empresa.

38 A efectos de determinar si, en una situación como la controvertida en el litigio principal, se agota el derecho de distribución del titular de los derechos de autor, debe comprobarse en primer lugar si la relación contractual entre el titular y su cliente, en cuyo marco se ha descargado una copia del programa de ordenador de que se trata, puede calificarse de «primera venta [...] de una copia de un programa», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

39 Según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto normalmente de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 16 de julio de 2009, Infopaq International, C-5/08, Rec. p.

I-6569, apartado 27; de 18 de octubre de 2011, Brüstle, C-34/10, Rec. p. I-9821, apartado 25, y de 26 de abril de 2012, DR y TV2 Danmark, C-510/10, apartado 33).

40 Pues bien, el texto de la Directiva 2009/24 no remite a los Derechos nacionales respecto del significado del concepto de «venta» que figura en su artículo 4, apartado 2. Por tanto, la conclusión a la que se llega es que debe considerarse que ese concepto, a los efectos de aplicar la referida Directiva, constituye un concepto autónomo de Derecho de la Unión que debe ser objeto de una interpretación uniforme en el territorio de ésta (véase, en este sentido, la sentencia DR y TV2 Danmark, antes citada, apartado 34).

41 Esta conclusión se ve respaldada por el objeto y la finalidad de la Directiva 2009/24. En efecto, de los considerandos 4 y 5 de esta Directiva —basada en el artículo 95 CE, que se corresponde con el artículo 114 TFUE— se desprende que su objetivo es suprimir las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros que afecten al funcionamiento del mercado interior en lo que atañe a los programas de ordenador. Pues bien, es necesaria una interpretación uniforme del mencionado concepto de «venta» para evitar que la protección que dicha Directiva concede al titular de los derechos de autor varíe en función de la ley nacional aplicable.

42 Según una definición comúnmente aceptada, la «venta» es un contrato mediante el que una persona transfiere a otra, a cambio del pago de un precio, los derechos de propiedad de un bien corporal o incorporeal que le pertenece. De ello se infiere que la operación comercial que, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, da lugar al agotamiento del derecho de distribución relativo a una copia de un programa de ordenador implica que se ha transferido el derecho de propiedad de esa copia.

43 Oracle sostiene que no vende copias de sus programas de ordenador controvertidos en el litigio principal. Dicha empresa aduce al respecto que en su página web pone gratuitamente a disposición de sus clientes una copia del programa de que se trata, copia que los clientes pueden descargar. No obstante, la copia descargada de este modo sólo puede ser utilizada por los clientes si éstos han celebrado un contrato de licencia de uso con Oracle. Esta licencia confiere a los clientes de Oracle un derecho de uso indefinido, no exclusivo y no transmisible del programa de ordenador de que se trata. Ahora bien,

según Oracle, ni la puesta a disposición gratuita de la copia ni la celebración del contrato de licencia de uso implican la transferencia del derecho de propiedad de tal copia.

44 A este respecto, es preciso señalar que la descarga de una copia de un programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso forman un todo indivisible. En efecto, la descarga de una copia de un programa de ordenador carece de utilidad si dicha copia no puede ser utilizada por quien disponga de ella. Así pues, ambas operaciones deben examinarse en su conjunto a efectos de su calificación jurídica (véase, por analogía, la sentencia de 6 de mayo de 2010, Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, Rec. p. I-4165, apartados 48 y 49 y jurisprudencia citada).

45 Por lo que se refiere a la cuestión de si, en una situación como la controvertida en el litigio principal, las operaciones comerciales de que se trata implican la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador, debe declararse que de la resolución de remisión se desprende que el cliente de Oracle, que descarga la copia del programa de ordenador de que se trata y celebra con dicha empresa el correspondiente contrato de licencia de uso, obtiene, a cambio del pago de un precio, un derecho de uso de esa copia por una duración ilimitada. Así pues, la finalidad de la puesta a disposición por Oracle de una copia de su programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso es que sus clientes puedan utilizar dicha copia de manera permanente a cambio del pago de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario.

46 En estas circunstancias, las operaciones mencionadas en el apartado 44 de la presente sentencia, examinadas en su conjunto, implican la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador de que se trata.

47 A este respecto, es indiferente, en una situación como la controvertida en el litigio principal, que la copia del programa de ordenador haya sido puesta a disposición del cliente por el titular de los derechos de que se trate mediante la descarga de la página web de éste o mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD. En efecto, aun cuando también en este último caso el titular de los derechos de que se trate disocie formalmente el derecho del cliente de utilizar la copia del programa de ordenador

que se ha proporcionado de la operación consistente en transferir al cliente la copia de dicho programa en un soporte material, la operación consistente en descargar desde este soporte una copia del programa de ordenador y la operación consistente en celebrar un contrato de licencia siguen siendo indisociables para el adquirente por los motivos expuestos en el apartado 44 de la presente sentencia. Dado que el adquirente, que descarga una copia del programa de ordenador controvertido mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD, y que celebra el correspondiente contrato de licencia de uso, obtiene el derecho de utilizar dicha copia por una duración ilimitada a cambio del pago de un precio, debe considerarse que estas dos operaciones implican igualmente, en el caso de la puesta a disposición de una copia del programa de ordenador controvertido mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD, la transferencia del derecho de propiedad de tal copia.

48 En consecuencia, debe considerarse que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la transferencia por el titular de los derechos de autor de una copia de un programa de ordenador a un cliente, acompañada de la celebración entre las mismas partes de un contrato de licencia de uso, constituye una «primera venta [...] de una copia de un programa», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

49 Tal como subraya el Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, si no se interpretara ampliamente el término «venta», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, en el sentido de que engloba todas las modalidades de comercialización de un producto que se caractericen por la entrega de un derecho de uso de una copia de un programa de ordenador por tiempo indefinido a cambio del pago de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, se pondría en peligro el efecto útil de esta disposición, pues bastaría que los suministradores calificasen el contrato de «licencia» en lugar de «venta» para soslayar la regla del agotamiento, privando a ésta de toda eficacia.

50 En segundo lugar, no cabe acoger la alegación de Oracle y de la Comisión Europea de que la puesta a disposición de una copia de un programa de ordenador en la página web del titular de los derechos de autor constituye una «puesta a disposición del público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, que, conforme al apartado

3 de dicho precepto, no puede dar lugar al agotamiento del derecho de distribución de la copia.

51 En efecto, del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2001/29 resulta que ésta «dejará intactas y no afectará en modo alguno [a] las disposiciones [del Derecho de la Unión] vigentes relacionadas con [...] la protección jurídica de los programas de ordenador» que concede la Directiva 91/250, codificada posteriormente por la Directiva 2009/24. Así pues, las disposiciones de la Directiva 2009/24, y en concreto su artículo 4, apartado 2, son *lex specialis* en relación con las disposiciones de la Directiva 2001/29, de modo que, aun suponiendo que la relación contractual controvertida en el litigio principal o un aspecto de la misma pudieran estar comprendidos también en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esta última Directiva, seguiría siendo cierto que la «primera venta [...] de una copia de un programa», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, da lugar, conforme a esta disposición, al agotamiento del derecho de distribución de la copia.

52 Por otra parte, del apartado 46 de la presente sentencia se desprende que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, el titular de los derechos de autor transfiere a su cliente el derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador. Pues bien, tal como señala el Abogado General en el punto 73 de sus conclusiones, del artículo 6, apartado 1, del Tratado sobre derecho de autor —a la luz del cual deben interpretarse, en la medida de lo posible, los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/29 (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2008, *Peek & Cloppenburg*, C-456/06, Rec. p. I-2731, apartado 30)— se deduce que la existencia de una transferencia del derecho de propiedad transforma el «acto de comunicación al público», previsto en el artículo 3 de dicha Directiva, en un acto de distribución contemplado en el artículo 4 de la misma, que puede dar lugar, si se reúnen los requisitos establecidos en el apartado 2 de este último artículo, y como sucede con la «primera venta [...] de una copia de un programa» prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, al agotamiento del derecho de distribución.

53 En tercer lugar, debe examinarse también si, como sostienen Oracle, los Gobiernos que han formulado observaciones ante el Tribunal de Justicia y la Comisión, el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la

Directiva 2009/24 se refiere únicamente a los bienes tangibles y no a copias inmateriales de programas de ordenador descargadas de Internet. A este respecto, se remiten al tenor literal del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, a los considerandos 28 y 29 de la Directiva 2001/29, al artículo 4 de ésta, en relación con el artículo 8 del Tratado sobre derecho de autor, y a la declaración común relativa a los artículos 6 y 7 de dicho Tratado, cuya transposición es, afirman, uno de los objetivos de la Directiva 2001/29.

54 Por otro lado, según la Comisión, el considerando 29 de la Directiva 2001/29 confirma que «el problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea».

55 A este respecto, debe declararse de inmediato que del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 no se desprende que el agotamiento del derecho de distribución de las copias de programas de ordenador, previsto en dicha disposición, se limite a las copias de programas de ordenador que se encuentren en un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD. Antes al contrario, debe considerarse que tal disposición, al referirse sin más precisiones a la «venta [...] de una copia de un programa», no hace ninguna distinción en función de la forma material o inmaterial de la copia de que se trate.

56 A continuación, procede recordar que la Directiva 2009/24, relativa concretamente a la protección jurídica de programas de ordenador, es *lex specialis* en relación con la Directiva 2001/29.

57 Pues bien, según el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2009/24, la «protección prevista en [dicha] Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador». El considerando 7 de la citada Directiva precisa al respecto que el término «programa de ordenador» cuya protección pretende garantizar «incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el hardware».

58 Así pues, las mencionadas disposiciones revelan claramente la voluntad del legislador de la Unión de asimilar, a efectos de la protección prevista por la Directiva 2009/24, las copias materiales e inmateriales de un programa de ordenador.

59 En estas circunstancias, ha de considerarse que el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 se refiere a ambas copias —materiales e inmateriales— de un programa de ordenador y, por tanto, también a las copias que, en el momento de su primera venta, se descargaron de Internet en el ordenador del primer adquirente.

60 Ciertamente, los conceptos empleados por las Directivas 2001/29 y 2009/24 deben tener, en principio, el mismo significado (véase la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083, apartados 187 y 188). No obstante, aun suponiendo que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/29 —interpretado a la luz de los considerandos 28 y 29 de ésta y del Tratado sobre derecho de autor, que la Directiva 2001/29 pretende aplicar (sentencia de 9 de febrero de 2012, Luksan, C-277/10, apartado 59)— preceptuara, respecto de las obras incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que el agotamiento del derecho de distribución se refiere únicamente a los objetos tangibles, ello no influiría en la interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, habida cuenta de la diferente voluntad expresada por el legislador de la Unión en el contexto preciso de esta última Directiva.

61 Procede añadir que, desde un punto de vista económico, la venta de un programa de ordenador en CD-ROM o DVD y la venta de un programa de ordenador mediante descarga de Internet son similares. En efecto, la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. La interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 a la luz del principio de igualdad de trato confirma que el agotamiento del derecho de distribución previsto en dicha disposición surte efecto tras la primera venta de una copia de un programa de ordenador en la Unión por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento, al margen de si se trata de la venta de una copia material o inmaterial del programa.

62 En cuanto a la alegación de la Comisión de que el Derecho de la Unión no prevé el agotamiento del derecho de distribución con respecto a los servicios, procede recordar que el objetivo del principio de agotamiento del derecho de distribución de las obras protegidas por los derechos de autor es limitar, para evitar la compartimentación de los mercados, las restricciones a la distribución de dichas obras a lo que sea estrictamente

necesario para preservar el objeto específico de la propiedad intelectual de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 1998, *Metronome Musik*, C-200/96, Rec. p. I-1953, apartado 14; de 22 de septiembre de 1998, *FDV*, C-61/97, Rec. p. I-5171, apartado 13, y *Football Association Premier League y otros*, antes citada, apartado 106).

63 En circunstancias como las concurrentes en el litigio principal, limitar la aplicación del principio de agotamiento del derecho de distribución, previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, únicamente a las copias de programas de ordenador vendidas en un soporte material permitiría al titular de los derechos de autor controlar la reventa de las copias descargadas de Internet y exigir, en cada reventa, una nueva remuneración, siendo así que la primera venta de la copia de que se trate ya habría permitido al titular obtener una remuneración apropiada. Semejante restricción a la reventa de copias de programas de ordenador descargadas de Internet excedería de lo necesario para preservar el objeto específico de la propiedad intelectual de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia *Football Association Premier League y otros*, antes citada, apartados 105 y 106).

64 En cuarto lugar, debe examinarse asimismo si, como pretende Oracle, el contrato de mantenimiento celebrado por el primer adquirente impide, en cualquier caso, el agotamiento del derecho previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, dado que la copia del programa de ordenador que el primer adquirente puede ceder a un segundo adquirente ya no será la copia descargada, sino una nueva copia de ese programa.

65 A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que las licencias de segunda mano ofrecidas por UsedSoft están «actualizadas» ya que, junto a la venta de la copia del programa de ordenador por Oracle a su cliente, se celebra un contrato de mantenimiento relativo a tal copia.

66 Procede subrayar que el agotamiento del derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador, en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, se refiere únicamente a las copias que han sido objeto de una primera venta en la Unión por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento. No se refiere a contratos de servicios, como los contratos de mantenimiento, que son dissociables de una venta de ese

tipo y que, eventualmente, se celebran por una duración determinada en el momento de la venta.

67 No obstante, la celebración de un contrato de mantenimiento, como los controvertidos en el litigio principal, en el momento de la venta de una copia inmaterial de un programa de ordenador, tiene por efecto que la copia inicialmente adquirida sea reparada y actualizada. Aun en el supuesto de que el contrato de mantenimiento sea de duración determinada, debe declararse que las funcionalidades corregidas, modificadas o añadidas en virtud de tal contrato forman parte de la copia inicialmente descargada y pueden ser utilizadas por el adquirente de ésta sin limitación de tiempo, sucediendo lo mismo en el caso de que este adquirente decida posteriormente no renovar el contrato de mantenimiento.

68 En tales circunstancias, ha de considerarse que el agotamiento del derecho de distribución, previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, alcanza a la copia del programa de ordenador vendida tal como el titular de los derechos de autor la ha corregido y actualizado.

69 No obstante, es preciso subrayar que, si la licencia adquirida por el primer adquirente es válida para un número de usuarios que excede las necesidades de éste, como se ha expuesto en los apartados 22 y 24 de la presente sentencia, tal adquirente no está autorizado, por efecto del agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, para dividir dicha licencia y revender únicamente el derecho de uso del programa de ordenador de que se trate correspondiente a un número de usuarios que él mismo habrá determinado.

70 En efecto, el adquirente inicial que procede a la reventa de una copia material o inmaterial de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución correspondiente al titular de los derechos de autor, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, debe, para no violar el derecho exclusivo a la reproducción de un programa de ordenador que corresponde al autor de éste, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, hacer inutilizable su propia copia en el momento de la reventa de ésta. Ahora bien, en una situación como la descrita en el

apartado anterior, el cliente del titular de los derechos de autor seguirá utilizando la copia del programa de ordenador instalada en su servidor y, por tanto, no la hará inutilizable.

71 Por otra parte, incluso si el adquirente de derechos de uso adicionales del programa de ordenador controvertido no efectuara una nueva instalación —ni, por tanto, una nueva reproducción— de ese programa en un servidor suyo, debe señalarse que, en cualquier caso, el efecto del agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 no alcanzaría a tales derechos de uso. En efecto, en ese supuesto, la adquisición de derechos de uso adicionales no se refiere a la copia respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución conforme a dicha disposición. Por el contrario, esa adquisición permite únicamente una extensión del número de usuarios de la copia que el propio adquirente de derechos adicionales ya había instalado en su servidor.

72 Sobre la base de todo lo anterior, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 debe interpretarse en el sentido de que el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración.

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y tercera

73 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y tercera, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se determine si, y en qué circunstancias, el adquirente de licencias de segunda mano relativas a programas de ordenador, como las ventas por UsedSoft, puede, por efecto del agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, considerarse un «adquirente legítimo», a efectos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24, que, conforme a esta última disposición, goza del derecho de reproducción del programa de ordenador de que se trate que le permita utilizarlo con arreglo a su finalidad propuesta.

74 A tenor del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24, salvo que existan disposiciones contractuales específicas, la reproducción de un programa de ordenador no necesita la autorización del autor del programa cuando la reproducción sea necesaria para la utilización del programa de ordenador por parte del adquirente legítimo con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores.

75 Cuando el cliente del titular de los derechos de autor compra una copia de un programa de ordenador que se encuentra en la página web del titular efectúa, descargando la copia en su ordenador, una reproducción de la misma autorizada en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24. Se trata, en efecto, de una reproducción necesaria para la utilización del programa de ordenador por parte del adquirente legítimo con arreglo a su finalidad propuesta.

76 Por otro lado, el considerando 13 de la Directiva 2009/24 declara «que los actos de carga y de desarrollo necesarios a la utilización de una copia de un programa legalmente adquirido [...] no pueden ser prohibidos por contrato».

77 Procede recordar a continuación que el derecho de distribución del titular de los derechos de autor se agota, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, en el momento de la primera venta en la Unión, por dicho titular o con su consentimiento, de cualquier copia —material o inmaterial— de su programa de ordenador. De ello se infiere que, en virtud de la citada disposición y pese a la existencia de disposiciones contractuales que prohíban la cesión posterior, el titular de los derechos de que se trate no podrá ya oponerse a la reventa de esa copia.

78 Ciertamente, tal como se desprende del apartado 70 de la presente sentencia, el adquirente inicial de una copia material o inmaterial de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución del titular de los derechos de autor, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, que procede a la reventa de la misma, debe hacer inutilizable la copia descargada en su ordenador en el momento de revenderla para no violar el derecho exclusivo del titular a la reproducción de su programa de ordenador, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24.

79 Tal como señala acertadamente Oracle, puede resultar difícil comprobar que la copia se ha hecho inutilizable. Sin embargo, el titular de los derechos de autor que distribuye copias de un programa de ordenador grabadas en un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD, se encuentra con la misma dificultad, pues sólo muy difícilmente podrá comprobar si el adquirente inicial no ha creado copias del programa de ordenador que seguiría utilizando después de haber vendido su soporte material. Para resolver esta dificultad, el distribuidor —«clásico» o «digital»— puede emplear medios técnicos de protección, como claves de producto.

80 Dado que el titular de los derechos de autor no puede oponerse a la reventa de una copia de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución de dicho titular en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, debe considerarse que el segundo adquirente de la copia, como todo adquirente posterior, es un «adquirente legítimo» de la misma a efectos del artículo 5, apartado 1, de la citada Directiva.

81 Por consiguiente, en caso de reventa de la copia del programa de ordenador por el primer adquirente de ésta, el nuevo adquirente, conforme al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24, podrá descargar en su ordenador la copia que el primer adquirente le ha vendido. Tal descarga debe considerarse como la reproducción necesaria de un programa de ordenador para la utilización de éste por el nuevo adquirente con arreglo a su finalidad propuesta.

82 No cabe acoger la alegación de Oracle, de Irlanda y de los Gobiernos francés e italiano de que el concepto de «adquirente legítimo», que figura en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24, se refiere únicamente al adquirente facultado, en virtud de un contrato de licencia celebrado directamente con el titular de los derechos de autor, para utilizar el programa de ordenador.

83 En efecto, semejante alegación tendría por efecto permitir al titular de los derechos de autor impedir el uso efectivo de cualquier copia de segunda mano respecto de la que se haya agotado su derecho de distribución, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, invocando su derecho exclusivo de reproducción establecido en el

artículo 4, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, privando así de efecto útil al agotamiento del derecho de distribución previsto en el citado artículo 4, apartado 2.

84 En lo que atañe a una situación como la controvertida en el litigio principal, procede recordar que en los apartados 44 y 48 de la presente sentencia se ha declarado que la descarga en el servidor del cliente de la copia del programa de ordenador que se encuentra en la página web del titular de los derechos y la celebración de un contrato de licencia de uso relativo a esa copia forman un todo indivisible que debe calificarse, en su conjunto, de venta. Pues bien, habida cuenta de este vínculo indisociable entre la copia que se encuentra en la página web del titular de los derechos de autor tal como se ha corregido y actualizado posteriormente, por un lado, y la licencia de uso relativa a la misma, por otro, la reventa de la licencia de uso comporta la reventa de «dicha copia», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, beneficiándose así del agotamiento del derecho de distribución previsto en esta disposición, a pesar de la cláusula contenida en el contrato de licencia, reproducida en el apartado 23 de la presente sentencia.

85 Tal como se infiere del apartado 81 de la presente sentencia, de ello resulta que el nuevo adquirente de la licencia de uso, como el cliente de UsedSoft, podrá —como «adquirente legítimo», a efectos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24, de la copia corregida y actualizada del programa de ordenador controvertido— descargar dicha copia de la página web del titular de los derechos de autor, constituyendo tal descarga la reproducción necesaria de un programa de ordenador para la utilización de éste por el nuevo adquirente con arreglo a su finalidad propuesta.

86 No obstante, procede recordar que, si la licencia adquirida por el primer adquirente es válida para un número de usuarios que excede las necesidades de éste, tal adquirente no está autorizado, por efecto del agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, para dividir la licencia y revender únicamente el derecho de uso del programa de ordenador de que se trate correspondiente a un número de usuarios que el mismo habrá determinado, como se ha expuesto en los apartados 69 a 71 de la presente sentencia.

87 Por otra parte, es preciso subrayar que el titular de los derechos de autor —como Oracle— puede, en caso de reventa de una licencia de uso que comporte la reventa de una

copia de un programa de ordenador descargada de su página web, asegurarse con todos los medios técnicos a su alcance de que la copia de la que aún dispone el vendedor se haga inutilizable.

88 En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que los artículos 4, apartado 2, y 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de reventa de una licencia de uso que comporte la reventa de una copia de un programa de ordenador descargada de la página web del titular de los derechos de autor, licencia que había sido concedida inicialmente al primer adquirente por dicho titular sin límite de duración a cambio del pago de un precio que permitía a este último obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra, el segundo adquirente de tal licencia, así como todo adquirente posterior de la misma, podrá invocar el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva y podrá ser considerado, por tanto, adquirente legítimo de una copia de un programa de ordenador, a efectos del artículo 5, apartado 1, de la referida Directiva, y gozar del derecho de reproducción previsto en esta última disposición.

Costas

89 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita

obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración.

2) Los artículos 4, apartado 2, y 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de reventa de una licencia de uso que comporte la reventa de una copia de un programa de ordenador descargada de la página web del titular de los derechos de autor, licencia que había sido concedida inicialmente al primer adquirente por dicho titular sin límite de duración a cambio del pago de un precio que permitía a este último obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra, el segundo adquirente de tal licencia, así como todo adquirente posterior de la misma, podrá invocar el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva y podrá ser considerado, por tanto, adquirente legítimo de una copia de un programa de ordenador, a efectos del artículo 5, apartado 1, de la referida Directiva, y gozar del derecho de reproducción previsto en esta última disposición.