



Nuevos análisis en torno a los derechos de autoría e intangibles (artículos de investigación).

La “reventa digital”: sus aplicaciones tras la Directiva 2019/770/UE sobre servicios y contenidos digitales.

El presente artículo analiza la aplicación de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito digital. En concreto, el derecho de distribución, facultad, que permite a la persona autora o a quien tenga la titularidad de este derecho exclusivo, de poner a la venta, alquilar o prestar un contenido protegido por la legislación de propiedad intelectual. Este derecho de distribución no se traslada, sin embargo, al ámbito digital. Aunque seguimos utilizando la denominación “reventa” para el negocio creado en torno a los contenidos y servicios digitales, el uso de este término, incorrecto, junto con los usos y costumbres de titulares y usuarios en el ámbito digital, nos motivan a realizar una investigación completa de la explotación de todo tipo de contenidos y servicios digitales, que en su día ya fueron distribuidos en el medio offline, y que actualmente son objeto de una lucrativa vía de explotación en el entorno online.

Autora: Conchi Cagide Torres. Directora del Departamento jurídico de Intangia. ISNI 00000000506286844

©Conchi Cagide. Navarra. 2024. ISNI: 00000000506286844

El derecho de distribución es una facultad que permite a la persona autora o quien sea titular de este derecho, realizar los siguientes actos de explotación sobre su contenido u obra protegida por la legislación de propiedad intelectual:

Actos de venta o transmisión de la propiedad del contenido u obra intelectual;

Actos de alquiler o uso sin transmisión de la propiedad;

Actos de préstamo público a través de establecimientos autorizados.

A este derecho de distribución se aplica el **principio del agotamiento**, lo que significa que la primera venta de un contenido protegido en el territorio Europeo, anula o agota el derecho de venta. Este principio no se aplica a otros actos de distribución como el alquiler y el préstamo público.

Si se produce una reventa o posterior transmisión de la propiedad del soporte de una obra por parte del adquirente, esta no necesitará de autorización por la parte autora, por lo que queda abierto este mercado de las reventas, que además, no implican remuneración para esta parte creadora.

¿Sucedo lo mismo en el ámbito digital? En este artículo de investigación analizamos las **aplicaciones de la reventa a contenidos y servicios digitales**.

Las últimas regulaciones, como la Directiva 2019/770/UE pueden afectar al negocio de la reventa. Igualmente, las normativas europeas reguladoras de la competencia, con influencia en cualquier mercado.

Este artículo analiza también cómo la legislación de propiedad intelectual se ha ido adaptando a las necesidades del entorno digital, apoyada por decisiones judiciales que afectan a todo el territorio Europeo, aunque con distintas aplicaciones según sea ese contenido o servicio digital. La Directiva 770 de 2019 no ha hecho más que ahondar en esta diferenciación, como veremos a continuación.



El derecho de distribución como derecho de explotación exclusiva: en qué consiste y qué aplicaciones tiene

En diversos artículos de investigación hemos explicado qué son los derechos de propiedad intelectual: facultades que corresponden a la persona física que crea una obra propia (obra original). Algunos de estos derechos son irrenunciables y no se pueden transmitir a otras personas ni a entidades jurídicas, ya que son derechos que tienen una vertiente personal, y se conceden solo a la persona física autora, son los **derechos morales**. Otros, los **derechos de explotación**, son derechos de carácter patrimonial, y son transmisibles, o incluso se puede renunciar a su ejercicio; son las facultades que son objeto de comercio, en concreto, las siguientes:

- ⇒ El **derecho de reproducción**, o derecho a hacer copias o ejemplares de la obra; incluye la digitalización;
- ⇒ El **derecho de distribución**, o derecho a vender, alquilar o prestar ejemplares físicos;
- ⇒ El **derecho de comunicación pública**, o derecho a exhibir, exponer, publicar o poner a disposición en internet, o a través de cualquier medio por el que se accede a la obra, en cualquier momento y lugar;
- ⇒ El **derecho de transformación**, o derecho a modificar, adaptar, traducir o crear obras derivadas.

El ejercicio de estos derechos permite obtener rendimientos económicos, en beneficio de la parte autora, y se aplican a cualquier tipo de obra intelectual, con independencia del soporte o formato de la obra.

Sin embargo, las normativas que regulan estos derechos, también regulan **límites o excepciones** a su ejercicio y también **reglas** que influyen en el propio alcance de los derechos, ya que son requisitos que deben cumplirse para que el derecho pueda ser aplicado. Por ejemplo, hablamos del **derecho de distribución** como el derecho a vender, alquilar o prestar ejemplares físicos de una obra intelectual; la misma definición requiere de un **formato “físico”: habrá venta de una obra intelectual cuando se transmita el derecho a disponer del ejemplar físico o de la propia obra original a un nuevo propietario** (definición que da la Directiva Europea sobre el I.V.A.-Directiva 2006/112/CE, al hablar de entrega de bienes, para distinguirlo de la prestación de servicios). El derecho de distribución está ligado, por lo tanto, al bien corporal, al que se une la facultad de transmisión de ese bien corporal a un tercero.

Tradicionalmente, hemos separado el bien corporal del derecho inmaterial, y esta separación se puede comprobar perfectamente en situaciones reales: quien compra un ejemplar físico de una obra (un libro, un CD con canciones, una fotografía, una prenda de ropa, una pieza de decoración, un videojuego...) no está adquiriendo necesariamente los derechos de explotación sobre la obra intelectual; en este tipo de situaciones, como la de compraventa, la parte propietaria del **soporte material o físico** será usuaria legítima, pero no titular de derechos de explotación, que pueden continuar en manos de la parte autora, o de quien tenga por contrato estos derechos (editoras literarias o musicales, productoras audiovisuales, entidades culturales públicas o privadas...). Si además del ejemplar o de la obra intelectual se quiere tener el control y la capacidad de explotación, será necesario que exista también un **acuerdo de cesión de derechos**, expreso y escrito, que así lo indique.

Sin embargo, algunas reglas permiten realizar una explotación a los adquirentes de esas obras originales o de ejemplares en soportes físicos;

- ⇒ Una de estas reglas, permite, por ejemplo, que el adquirente de una obra plástica o fotográfica pueda exponerla, y dicha exposición es un acto de comunicación pública, un acto de explotación (art. 56 Ley Propiedad Intelectual-LPI);
- ⇒ Otra regla importante se refiere en concreto al **derecho de distribución**, y permite que una vez cedido este derecho a terceros, la primera venta del mismo agote o anule este derecho en posteriores ventas del soporte. Explicamos a continuación en qué consiste este principio del agotamiento del derecho de distribución.

El agotamiento del derecho de distribución: cómo se regula y qué consecuencias legales tiene

El **principio del agotamiento del derecho de distribución** establece que el titular del derecho de distribución solo autorizará la primera venta de la obra intelectual, y una vez producida esta **1ª venta**, este derecho quedará anulado, se agota, por lo que no será necesaria la autorización de ese titular para sucesivas ventas o transmisiones de la propiedad material de la obra intelectual. Siempre hablamos en términos de transmisión de los **ejemplares físicos**, y esta puntualización veremos en los siguientes puntos de este artículo que es esencial.

El principio de agotamiento ha sido regulado ya en los Tratados de la OMPI de 1996 y trasladado a las Directivas Europeas reguladoras de los derechos de autor y derechos conexos:

- ⇒ El Libro Verde sobre derechos de autor y el desafío de la tecnología [COM (88)172 final] lo analizaba ya entre las cuestiones sobre derechos de autor que requieren de una acción inmediata;
- ⇒ Directivas reguladoras del software (Directiva 91/250/CE y 2009/24/CE) ya aluden a la cuestión del agotamiento sobre las ventas sucesivas de programas de ordenador, de la que hablaremos más adelante, ya que es una regulación muy particular; también en la Directiva sobre bases de datos electrónicas (Directiva 96/9/CE); son importantes todas ellas por regular obras intelectuales de marcado carácter "digital", regulando por primera vez cuestiones como la "reutilización" (*veremos en próximos artículos que este término es hoy tema de debate*).
- ⇒ Otras normativas como la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines, que aplica también este principio del agotamiento con la 1ª venta (art. 9.2.)
- ⇒ Quizás la regulación más importante aparece en la Directiva 2001/29/UE, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, normativa vigente actualmente, ya que, por un lado, recoge este principio como regla propia del derecho de distribución (art. 4), y además, indica expresamente que **ningún acto de comunicación pública o de puesta a disposición al público** podrá dar lugar al agotamiento de estos derechos (art. 3.3.); para explicar ambos artículos, son fundamentales los Considerandos 28 (que explica la aplicación del agotamiento a las obras que están en un soporte tangible) y especialmente, el Considerando 29 de la propia Directiva de 2001, que indica expresamente que:

" 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".

Por lo tanto, está diferenciando especialmente los actos de venta de soportes físicos, de otros actos de distribución como el alquiler y el préstamo, y sobre todo, de actos de puesta a disposición de las obras intelectuales, en línea, que son actos de comunicación pública. Sobre estos últimos no se aplica la regla del agotamiento. ¿Cuál es el motivo?

Das cuestiones más que surgen al analizar estas normativas:

¿Tiene alguna importancia que el acto de explotación sea de distribución o de comunicación pública para aplicar este principio del agotamiento?

¿Las últimas regulaciones, en concreto, la Directiva 2019/790/UE de derechos de autor en el ámbito digital, o la Directiva 770/2019/UE sobre contratos aplicables a los contenidos y servicios digitales, siguen esta misma regla del agotamiento?

El agotamiento del derecho de distribución: cómo se regula y qué consecuencias legales tiene (Continuación).

El **principio del agotamiento del derecho de distribución** también se regula en el ámbito de los derechos de propiedad industrial: las **patentes**, por ejemplo, no pueden generar más remuneración que aquella que se recibe con la 1ª venta o comercialización del producto que es protegido por la patente, conforme al artículo 61.2. de la Ley de Patentes 24/2015; las **marcas** registradas también se limitan por dicho principio, el agotamiento significa que la 1ª venta o comercialización de los productos con dicha marca en cualquier Estado miembro de la UE agota o anula el derecho y ese producto puede ya circular libremente en todo el Espacio Europeo (art. 36 Ley de Marcas 17/2001). Se puede apreciar que en todas las normativas citadas se hace referencia al **“producto”** o elemento físico al que se asigna una marca o que se fabrica bajo los derechos de patente, es decir, continuamos hablando de soportes físicos.

Por lo tanto, esta regla afecta a varios intangibles, y su objetivo es que los derechos de propiedad intelectual e industrial “no sean un obstáculo al mercado común” (en palabras de Manuel Lobato García-Milán, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, ver referencia al final de este artículo).

Este principio tiene además otra consecuencia legal: da por válida y legal la **reventa de ejemplares físicos y de productos materiales** cuyos derechos de explotación (de distribución), derechos de marca o derechos de patente están protegidos. La única forma de evitar las reventa es que aparezcan motivos legítimos o normas que impidan dicha circulación y distribución (por ejemplo, existen ya normas que prohíben la reventa de entradas para espectáculos culturales), si este principio no se aplica, como puede ser en los casos en los que la explotación se realiza fuera del ámbito territorial Europeo, o en situaciones en las que existe una regulación específica, como es el caso del software.

Cuestiones como los motivos legítimos o legales, no son objeto de este artículo por lo que no se tratan en esta investigación; las cuestiones de territorialidad ya fueron objeto de un artículo de investigación, (“La cuestión de la territorialidad en los derechos de propiedad intelectual”, artículo disponible en la web <https://www.intangia.com>).

Sí que analizamos a continuación la cuestión del software y su especial regulación, ya que el objetivo ahora es analizar y diferenciar la distribución de ejemplares físicos de otras explotaciones que tienen lugar en el entorno digital, y que se han calificado como actos de comunicación pública, no como actos de distribución. Y es que el uso de las tecnologías digitales, no solo como medio de difusión de contenidos, sino también como **medio de contratación y de prestación de servicios digitales**, es un elemento clave en esta diferenciación entre la distribución física y la comunicación pública de ejemplares digitales.

La última Directiva Europea que reguló los derechos de autor en relación a los programas informáticos, la Directiva 2009/24/CE, estableció en su artículo 4.2. que:

“La primera venta en la Comunidad (Europea) 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.”

Conforme a esta Directiva, el agotamiento del derecho de distribución es una regla que también se aplica a productos como el software; así fue corroborado por la STJUE en el asunto USEDSOFT (STJUE C-128/11), caso en el que se considera legal la reventa de software, que previamente se han descargado de la página web del titular de los derechos de explotación de ese programa informático, por parte de quien ha adquirido una licencia para la descarga y uso del mismo; y esta misma línea jurisprudencial se continúa en la STJUE del asunto THE SOFTWARE INCUBATOR (C-410/19), en el que el TJUE entiende que dicha licencia de descarga puede ser considerada como un acto de compraventa, y por lo tanto, de distribución, a la que se aplica el principio del agotamiento; por ello, cualquier reventa posterior del software es totalmente legal; alude en esta última sentencia al término de “venta de mercancías” en software suministrados por medios electrónicos; el software, es un caso particular de producto digital que tiene su propia normativa (el art. 4.2. de la Directiva de 2009), al que no se aplica la Directiva 29/2001/CE que indica lo contrario., que indica que el suministro de un contenido digital en entorno electrónico no es una venta

La puesta a disposición de contenidos y servicios digitales: cómo se regula y qué consecuencias legales tiene

Actualmente, cualquier acto de explotación que se produzca en el entorno digital, es regulado, primero, a través de la Directiva 2019/790/UE sobre derechos de autor en el mercado único digital, que establece las reglas aplicables a la protección de los derechos de autor en internet, y segundo, a través de las Directivas 2019/770/UE, aplicable a los contratos sobre contenidos y servicios digitales, y 2019/771/UE, aplicable a la contratación de compraventa de bienes por medios digitales, siendo estas dos últimas normativas aplicables al ámbito de la contratación online (de contenidos y servicios online o de productos y bienes físicos).

La Directiva de 2019 nº 790 completa la anterior Directiva de 2001, reguladora de la protección de los derechos de autor en lo que se denominaba entonces la sociedad de la información, y que aplica el criterio internacional, antes ya plasmado en los Tratados de la OMPI de 1996, de que cualquier acto de explotación sobre contenidos digitales, es un **acto de comunicación pública**, ya que abarca cualquier tipo de comunicación al público, incluyendo aquel público que no está presente en el lugar en el que se origina dicha comunicación (Considerando 23 de la Directiva de 2001) y, en concreto, dentro de este acto de explotación, se integra el **derecho de puesta a disposición** de cualquier prestación al público no presente en el lugar en el que se genera dicha prestación (Considerando 24 de la Directiva Europea).

Por lo tanto, los actos de adquisición de ejemplares digitales, que tienen lugar en internet, en este medio de comunicación y difusión global, como por ejemplo, la descarga de contenidos (música, video e imagen, textos, gráficos, aplicaciones informáticas), los servicios de transmisión interactiva o a la carta (incluyendo la transmisión en el entorno de la radiodifusión) o los servicios ofrecidos por redes sociales y plataformas en las que se comparten contenidos, afectan a un derecho de explotación concreto, que es el **derecho de comunicación pública**. Las claves para determinar si un acto de explotación en internet es un acto de distribución o de comunicación pública las facilita el TJUE, en una famosa decisión jurisprudencial, sobre el asunto TOM KABINET, asunto C-263/18:

- ⇒ La **falta de copias o ejemplares físicos o tangibles** (podemos ver la diferencia entre adquirir un libro a través de una tienda online, cuyo ejemplar físico va a llegarnos a nuestro domicilio, o descargar el mismo libro en formato electrónico)
- ⇒ la **existencia de un público** que no se encuentra en el lugar en el que se origina la prestación o contenido digital (y que se encuadra dentro del derecho de comunicación pública perfectamente, ya que recoge actos que van destinados a cualquier público que elige el momento y lugar en el que recibe dicha prestación)
- ⇒ el **público nuevo**, un público que no se había previsto en el momento en que se haya autorizado la explotación inicial de dicho contenido o la prestación del servicio (y aquí parece esencial que quien autorice la comunicación pública aplique una licencia de uso a cualquiera que tenga acceso a dicho contenido);

Que se cumplan estas tres claves tiene un doble efecto:

- ⇒ Primero, no se aplicará la regla del agotamiento del derecho de distribución, ya que no hay distribución propiamente dicha;
- ⇒ Segundo, al no existir distribución, no podemos hablar, en el sentido literal, de venta, ni tampoco de reventa, sino de actos de puesta a disposición, o en general, de actos de comunicación pública, en los que se suministran servicios digitales o se da acceso a contenidos digitales, para lo cual, siempre, reitero, siempre, será **necesaria la autorización expresa** de quien sea titular de este derecho.

Estas cuestiones han sido, antes incluso del asunto TOM KABINET, confirmadas por el propio TJUE en otras decisiones precedentes, que han analizado supuestos concretos de explotación, aunque han servido para confirmar la regla del agotamiento en la distribución, y la regla de la autorización obligatoria en la comunicación pública, excepto en el software.

La puesta a disposición de contenidos y servicios digitales: cómo se regula y qué consecuencias legales tiene (continuación)

Por ejemplo, decisiones del TJUE como la del asunto VOB (Vereniging Openbare Bibliotheken), asunto C-174/15, que trata del préstamo electrónico, como veremos luego, el asunto COTY, asunto C-230/16, relacionado con la distribución selectiva de determinados tipos de productos, como los productos de lujo, y donde se analiza la aplicación del Reglamento Europeo de distribución vertical de 2010, o los casos que ya hemos analizado en otros artículos de investigación, como el asunto SVENSSON, asunto C-466/12, o BESTWATER, asunto C-348/13, importantes para aclarar el concepto de “público nuevo”, nos ayudan a comprobar la aplicación del derecho de comunicación pública a cualquier acto que suponga el suministro de un servicio digital, o el acceso a un contenido digital; excepto si el contenido o el servicio está relacionado con el **software**; este tipo de obra intelectual tiene una regulación muy concreta, y esta regulación específica se puede comprobar en la STJUE C-128/11, en el asunto USEDSOFT o en el asunto THE SOFTWARE INCUBATOR en el que se aplica el principio del agotamiento, ya que la Directiva 24/2009/CE lo impone, por ello se puede explicar que exista reventa de software de 2ª mano, a pesar de ser un producto digital.

De todas estas decisiones, realizamos las siguientes conclusiones:

- ⇒ Existirá legalmente distribución o venta, si el producto (digital o físico) es adquirido en un **soporte físico** (que puede ser un DVD, un CD, un USB, una tarjeta de memoria o cualquier otro soporte material); dicha adquisición se puede hacer en un establecimiento o a través de un sistema de venta a distancia, pero no debemos confundir el proceso de venta online con el derecho de explotación afectado;
- ⇒ Sobre estas ventas físicas, al menos en territorio Europeo, se aplica el principio del agotamiento, por lo que cualquier **reventa** de estos productos físicos adquiridos está **permitida**, ya que el derecho de distribución se agota con la 1ª venta;
- ⇒ Si el producto se adquiere en **formato digital**, que es objeto de descarga o acceso en el momento en que decidamos los adquirentes, o se está pagando o disfrutando de un servicio digital, aunque esté relacionado con un producto, estamos ante un acto de puesta a disposición, un acto de comunicación pública, que requiere de la **autorización expresa** de quien tenga la titularidad de este derecho;
- ⇒ Sobre estos contenidos o servicios digitales, no se aplica el principio del agotamiento, ya que no hay propiamente distribución; por costumbre, llamamos **“venta digital”**, o **“reventa digital”** a las sucesivas licencias aplicables a estos contenidos y servicios digitales; también leemos en webs y tiendas online las **“condiciones de venta”**, activamos el **“carrito de compra”**, y abonamos un **“precio de compra”** de dichos contenidos o servicios digitales; el uso de estos términos, sin duda, contribuyen a mantener la confusión de que estamos ante un auténtico proceso de compraventa, y nada más lejos de la realidad, es un acto de comunicación pública y si así lo decide la parte titular del derecho, abonaremos por cada uso, descarga o acceso. Como veremos enseguida, para aclarar cualquier duda, será fundamental la lectura del contenido del contrato o acuerdo de licencia que aceptemos en este tipo de procesos online

La Directiva 2019/790/CE, sobre derechos de autor en el mercado único digital, reitera estas reglas; las mismas no afectan a la regulación del art. 3 de la Directiva 2011/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información, que sigue aplicándose; así se establece claramente en el art. 17 de la Directiva nº 790, cuando indica que el prestador de servicios en línea realiza **actos de comunicación pública o puesta a disposición**, si da acceso a contenidos y prestaciones que han sido cargadas por sus usuarios, y que estén protegidas por los derechos de autor; que dicho prestador de servicios en línea deberá obtener una autorización de quien sea titular de este derecho, autorización que puede ser obtenida mediante el acuerdo de licencia correspondiente.

Y, por supuesto, las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, que regulan la contratación online, ya sea de contenidos y servicios digitales, como de bienes de consumo, siguen aplicando las mismas reglas, y también dan mucha información para distinguir entre el consumo de bienes digitales y el consumo de bienes físicos.

La reventa de ejemplares físicos versus la puesta a disposición de contenidos digitales

La Directiva 2019/770/UE, sobre contratación de contenidos y servicios digitales, en su apartado de Considerandos, es muy interesante y por ello recomendamos su lectura, ya que enumera variados ejemplos de puesta a disposición: hace referencia, por un lado, a contenidos y servicios solo en formatos digitales, a los que se excluyen por lo tanto, los derechos de distribución; y por otro lado, a contenidos y servicios digitales que son entregados en soporte físico, y a los que, de forma textual, indica que *“la presente Directiva debe entenderse, asimismo, sin perjuicio del derecho de distribución aplicable a dichas bienes conforme al derecho de propiedad intelectual”*.

Por ejemplo, son actos de puesta a disposición de contenidos digitales los siguientes:

- ⇒ Creación, tratamiento, acceso, almacenamiento, intercambio de contenidos como programas y aplicaciones informáticas, archivos de video, audio y música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, o a datos en formato digital, así como los servicios de radiodifusión digital;
- ⇒ Servicios digitales relacionados con el software, que puede incluir desde el acceso y descarga a los dispositivos de los usuarios, mantenimiento o almacenamiento de datos, aunque esta Directiva no se aplicará al software de código abierto, siempre que este no se suministre a cambio de un precio y que los datos personales del consumidor se utilicen exclusivamente para mejorar la seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del mismo. *Esta parte ha supuesto una gran sorpresa, ya que conforme a las normativas anteriores ya analizadas, este tipo de obra intelectual se regula de una manera particular y con sus propias reglas, ¿qué sucede a partir de la Directiva 770/2019/UE con el software?*
- ⇒ Servicios relacionados con las redes sociales, y el intercambio de todo tipo de contenidos en las plataformas digitales.

El Considerando 19 establece que la Directiva nº 770 se aplicará a contenidos y servicios digitales con independencia del soporte utilizado para la transmisión de los mismos o para dar acceso a los mismos, pudiendo ser un soporte material si este sirve como contenedor o portador. Si estos contenidos se entregan en un soporte físico, habrá distribución y por lo tanto, posibilidad de reventa de dichos soportes. De hecho, hay otra consecuencia legal añadida, a la que alude el Considerando siguiente, el 20, y es que en estos casos, se aplicará el **derecho de desestimiento** regulado en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, que no es otro derecho que el de devolución de los productos adquiridos, derecho que, en el caso en que dicho producto se adquiera a través de sistemas a distancia, será de diferente ejercicio según si el soporte es físico o digital. Veamos:

- ⇒ El pago a través de una pasarela online de un contenido intelectual que va a llegarnos a nuestro domicilio en un **soporte físico** activa el derecho de devolución de dicho soporte, si cumplimos con determinadas reglas (en la mayoría de casos, si se devuelve el producto intelectual con su mismo precinto o embalaje), y determinados plazos (si la devolución la realizamos en el plazo máximo de los 14 días siguientes a la recepción de dicho producto);
- ⇒ El pago a través de una pasarela online de un contenido (o también servicio) intelectual al que podemos acceder o descargar en **soporte digital**, o bien activar tras el pago, de forma que en ese momento la ejecución del contrato ya ha comenzado, y nos han informado de ello de forma conveniente (normalmente, a través de los acuerdos de licencia o condiciones generales de la contratación), no activa ningún derecho de devolución, al menos en cuanto al contenido o servicio se refiere y siempre que estos no tengan defectos de funcionamiento o de tratamiento de la información.

Esta diferencia entre soportes físicos y digitales es la clave, una vez más, para aplicar el derecho de distribución o el derecho de comunicación pública, desde el punto de vista de la parte autora de los contenidos, y para aplicar el derecho de devolución, desde el punto de vista de la parte consumidora de dichos contenidos. Y en esta línea se regula también la **compraventa de bienes de consumo** en la Directiva 2019/771/UE, que se aplica a los contratos de compraventa, también a través del sistemas de comercio electrónico, sobre bienes que pueden incluir contenidos o servicios digitales si estos son necesarios para que el bien adquirido funcione correctamente, y sobre los que se aplica, sin ninguna duda, el principio del agotamiento, abriendo la posibilidad de **reventa** del producto y del contenido o servicio digital que lo acompaña, excepto si el contrato o el acuerdo de licencia lo excluye expresamente. Sí, esta cuestión de la reventa es más compleja de lo que parece.

¿Qué otras explotaciones podemos encontrarnos en el ámbito digital?

En páginas precedentes hemos analizado dos vías de explotación de bienes y productos, ya sean productos materiales o productos digitales, en el entorno online: la distribución de soportes físicos y la puesta a disposición de contenidos y servicios digitales. Hemos podido comprobar que las normativas Europeas y también las decisiones jurisprudenciales del TJUE distinguen entre actos de distribución y actos de comunicación pública, y dentro de estos, los de puesta a disposición; y que cualquier contenido o servicio, que no se proporcione en un soporte físico, sino digital, y que no sea indispensable para que funcione un bien material y se suministra conjuntamente con este, en realidad no se vende, y como no hay principio del agotamiento del derecho de distribución con la 1ª venta, tampoco se puede hablar en términos de “reventa”; lo que queda afectado es el derecho de comunicación pública, que requiere de un acuerdo o autorización expresa por parte de su titular, en cualquiera de estos actos de explotación.

También en el ámbito digital, se pueden dar otros actos de distribución distintos de la venta, como son el **préstamo público** y el **alquiler** de obras en soporte físico; aquí hablamos de una verdadera distribución, sin embargo, sobre estos actos no se aplica ningún agotamiento, que solo es una regla para las ventas, es decir, las transmisiones de la propiedad material del soporte físico en el que se plasma la obra o contenido intelectual.

Utilizando los términos legales de CEDRO (Entidad de gestión de derechos), el **préstamo** es la transmisión de un ejemplar de una obra (una novela en papel, un Cd musical, un DVD con una película) por un tiempo determinado, a través de un establecimiento accesible al público, como una biblioteca y sin que esta institución obtenga un beneficio económico o comercial. Por lo tanto, este acto de distribución está relacionado con la institución, pública o privada, que lo realiza, y que también puede ejecutar a través de terminales especializados o servidores conectados a internet, tal y como indica la STJUE en el asunto C-174/15, asunto VOB, que explica el **préstamo electrónico**.

El **alquiler** como acto de distribución, conforme a la Directiva 2006/115/CE, consiste en la utilización de un objeto, durante un período determinado y a cambio de un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

El objeto, sin duda, puede ser una obra intelectual, pero, me pregunto, y a continuación plasmo mi propia conclusión jurídica:

¿Esta obra intelectual puede tener formato digital, o solo formato físico? ¿Se podría trasladar la propia jurisprudencia que valida el préstamo electrónico, por extensión, al alquiler electrónico? Si aplicamos las propias reglas de la Directiva 2006/115/CE mencionada, que regula los derechos de alquiler y préstamo, para que exista un alquiler de contenidos digitales, deberán existir dos requisitos imprescindibles:

⇒ *Que dicho contenido se haya obtenido de un servidor conectado a internet, que a diferencia del préstamo electrónico en el que el servidor pertenecerá a una institución como una biblioteca, hemeroteca, filmoteca o archivo, en el caso del alquiler electrónico, el servidor podrá ser de cualquier titular de este derecho de distribución (la persona autora, o quien obtenga ese derecho lícitamente);*

⇒ *Que el contenido se haya descargado o se acceda al mismo para su uso por un tiempo limitado.*

Mi conclusión es que cumpliendo estos dos requisitos, el acto de distribución del alquiler es posible, son además los mismos criterios que validan el préstamo digital jurisprudencialmente. En realidad, estamos hablando de actos de comunicación pública, y no de actos de distribución distintos de la venta. Esta diferenciación podría depender solo de cómo está redactada la licencia de uso, alquiler o el contrato de suministro aplicable a esos contenidos

Y, continuando con la conclusión jurídica, si el alquiler fuera de un programa de ordenador, que es suministrado bajo una licencia de alquiler o un contrato de suministro, he podido confirmar que la Directiva 770/2019/UE incluye entre los servicios y contenidos digitales a este tipo de producto, excepto si se trata de software libre. Por eso, creo que quedan invalidadas las STJUE anteriores, que no recogían a este tipo de obra intelectual del ámbito de la comunicación pública, sino que expresamente consideraban al suministro digital del software como un acto de compraventa, o venta de mercancías.

La “reventa digital”: sus aplicaciones tras la Directiva 2019/770/UE sobre servicios y contenidos digitales.

Conclusiones:

La conclusión principal, tras analizar las nuevas regulaciones Europeas en torno a la explotación y contratación en el entorno digital— Directiva 2019/790/UE, Directiva 2019/770/UE y Directiva 2019/771/UE— es que nos queda claro que debemos diferenciar entre los **actos de distribución** y los **actos de puesta a disposición**, y aunque en este entorno online, utilizamos términos como el de “venta digital”, “venta online”, “reventa digital”, y aplicamos “precios de venta” a los productos y contenidos digitales, “condiciones de venta” que se aplican a los procesos de pago, y para ello instalamos dispositivos como los “carritos de compra”, en realidad, podemos encontrarnos con procesos en los que no existe una venta real, por ello, debemos distinguir entre transacciones que se realizan sobre productos y contenidos intelectuales en soportes físicos— compra de un ejemplar o de una obra intelectual que nos llegará a nuestro domicilio en un soporte material—o transacciones en las que accedemos a contenidos en el mismo ámbito digital— pago por descarga, acceso o suscripción a un servicio digital—. En el primer caso, habrá distribución propiamente dicha, por lo que se adquiere es un soporte material que contiene una obra intelectual, y, por lo tanto, es **correcto** hablar de “venta” o de “reventa” para las posteriores transmisiones de la propiedad de ese mismo soporte material. En el segundo caso, los términos son **incorrectos**, ya que no se produce una auténtica venta, sino un acto de comunicación pública, que no implican la transmisión de la propiedad, lo que se puede probar con los **términos legales y condiciones de uso** que son aplicables a este tipo de contenidos y servicios digitales que nos descargamos, compartimos o a los que accedemos en este ámbito de la contratación online. Y por supuesto, estas diferencias entre los dos actos de explotación se materializan también en los derechos de consumidores y usuarios, ya que la compra online de un soporte físico generará un **derecho de devolución**, y el acceso o descarga de un contenido digital, **no lleva asociado este derecho**, por lo que no se podrá desistir del contrato y reclamar la devolución del precio abonado, salvo que existan otras circunstancias legales que den lugar a la falta de conformidad del contrato.

⇒ Nota final:

Aunque no demos importancia a todo el entramado legal que es de obligatorio cumplimiento en torno a webs, tiendas online y sistemas de comercio electrónico, he podido comprobar que los “avisos legales” y las “condiciones de contratación” que aparecen en ellas, y también los “acuerdos de licencia” que se aplican a redes sociales y plataformas digitales en las que se comparten los contenidos digitales, son fundamentales para conocer los derechos de autoría implicados en estos contenidos, los derechos que tenemos como titulares de estos contenidos, los derechos que nos corresponden como consumidores y usuarios, y los derechos que cedemos a través de los acuerdos de licencia. Son apartados legales que no acostumbramos a leer, pero que pueden limitar nuestras facultades como titulares de derechos. Algunos de estos apartados legales pueden hacer uso de términos y condiciones que “prohíben la venta, la reventa o la redistribución de los soportes físicos” que impidiendo estos actos aparecen en licencias aplicables a contenidos digitales, lo que confirma que no se aplican reglas como la posterior distribución de ejemplares físicos. Las condiciones y acuerdos de licencia que aceptamos cuando accedemos a un contenido o un servicio digital pueden limitar legalmente nuestros derechos de explotación. Y aunque parece que la excepción reguladas en la Directiva 2009/24/CE sobre el software se ha seguido manteniendo, y así lo corroborada el TJUE en varias sentencias (Asunto USEDSOFT, asunto THE SOFTWARE INCUBATOR)—, actualmente, la Directiva 770/2019/UE incluye a este tipo de obra intelectual entre los contenidos o servicios digitales que se regulan en la normativa Europea.

Aunque no lo parezca, en el entorno online estamos aceptando estos contratos, como parte contratante que somos. Quizás ha llegado el momento de pararnos a leer los avisos y condiciones de contratación con detenimiento y concentración antes de pinchar el botón de aceptación.

Conchi Cagide Torres.



Bibliografía y otras referencias

Artículo “El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Manuel Lobato García-Milán, en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1991-20055300610 [fecha visita 7 febrero 2024]

Péter Mezei, “Digital First Sale Doctrine Ante Portas Exhaustion in the Online Environment “6 (2015) JIPITEC 23.

Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo:

STJUE C-121/11, asunto USEDSOFT

STJUE C-410/19, asunto THE SOFTWARE INCUBATOR

STJUE C-263/18, asunto TOM KABINET

STJUE C-174/15, asunto VOB

STJUE C-230/16, asunto COTY

STJUE C-439/09, asunto FABRE

STJUE C-753/18, asunto STIM

Blogs: www.aladda.es

Abreviaturas: utilizadas TJUE- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Puedes acceder a todos los artículos de investigación en la web www.intangia.com

Autora: Conchi Cagide Torres. Directora del Departamento jurídico de Intangia..

Para citar a la autora:

© Conchi Cagide Torres. Asociación Intangia. Navarra. 2023. ISNI: 0000000506286844