



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)

Autor/a

José Antonio Castillo Parrilla

Contratado FPU en Derecho Civil, Universidad de Granada

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 3

Páginas 12-16

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

RESUMEN: Tras la retirada de la Propuesta CESL por la Comisión en mayo de 2015 con intención de modificarla en aras de procurar un mayor avance en el Mercado Único Digital (tal como se expresa en la comunicación titulada “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”) se publicaron el pasado 9 de diciembre dos Propuestas de Directiva (634 y 635 /2015) y una Propuesta de Reglamento (627/2015) que inciden en dicha voluntad de avance en el Mercado Único Digital. Se trata de textos que se hayan aún en una primera fase de discusión, pero avalados por una firme voluntad por parte de la Comisión de sacarlos adelante. En este breve trabajo comentamos la incidencia que tendrá una de ellas, la Propuesta 634/2015, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales, en la vigente regulación de los mismos a través de la Directiva 2011/83 y la Ley 3/2014, de transposición de la Directiva y modificación del TRLGDCU; únicos textos en vigor hasta el momento que hacen referencia a los contenidos digitales y al contrato para el suministro de contenidos digitales.

ABSTRACT: After the withdrawal of the CESL Proposal by the Commission in may 2015 in order to contribute to faster growth of the Digital Single Market (see the “Digital Single Market Strategy” communication), three Proposals on harmonised rules for the supply of digital content and online sales of goods have been published the 9th of December: Directive Proposals 634 and 635 /2015 and Regulation Proposal 627/2015. Although these Proposals are still under discussion, there is a firm political will to approve them. In this work we analyse one of the Proposals, Proposal 634/2015, on certain aspects concerning contracts for the

supply of digital content, with regards to its effects on current regulation of digital contents by Directive 2011/83 and the Spanish act 3/2014, 27th of march, the only ones at the moment that refer to digital content and the contract for the supply of digital contents.

PALABRAS CLAVE: contenidos digitales, contrato para el suministro de contenidos digitales, Propuesta CESL, Estrategia para el Mercado Único Digital, Propuesta de Directiva 634/2015, Directiva 2011/83, Ley 3/2014, de 27 de marzo.

KEYWORDS: digital contents, contract for the supply of digital contents, CESL Proposal, Digital Single Market Strategy, Directive Proposal 634/2015, Directive 2011/83, Spanish act 3/2014, 27th of march.

SUMARIO: I. EL DESEMBARCO DE LOS CONTENIDOS DIGITALES EN EL DERECHO DE LA UE Y EN ESPAÑA: LA PROPUESTA CESL, LA DIRECTIVA 2011/83 Y LA LEY 3/2014, DE 27 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DEL TRLGDCU – II. LOS CONTENIDOS DIGITALES EN LA PROPUESTA 634/2015: DE UN CONCEPTO AMPLIO A OTRO OMNICOMPRESIVO

I.- EL DESEMBARCO DE LOS CONTENIDOS DIGITALES EN EL DERECHO DE LA UE Y EN ESPAÑA: LA PROPUESTA CESL, LA DIRECTIVA 2011/83 Y LA LEY 3/2014, DE 27 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DEL TRLGDCU

Son contenidos digitales los datos producidos y suministrados en formato digital (art. 59 bis.1.i) TRLGDCU). Se trata, como puede verse, de un concepto considerablemente amplio a través del cual pretende abarcarse gran parte de los nuevos productos relacionados con el conocido como Mercado Único Digital. Esta escueta definición de contenidos digitales es una copia exacta del artículo 2.11 de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, muy cercana a su vez a la que proporciona el artículo 2.j) de la (aparcada) Propuesta CESL, que entendía por contenidos digitales “los datos producidos y suministrados en formato digital, sigan o no las especificaciones del comprador, incluyendo vídeo, audio, dibujos, documentos de texto, software y contenido digital que permita personalizar hardware o software”. Se excluían de la definición de contenidos digitales en la Propuesta CESL los servicios financieros, co-

mo por ejemplo la banca electrónica; el asesoramiento legal y financiero, así como los servicios sanitarios proporcionados a través de medios electrónicos; los servicios de comunicación electrónica; los juegos de azar; y la creación *ex novo* y modificación de contenidos digitales llevada a cabo por consumidores (web 2.0). Por lo que se refiere a la Directiva 2011/83, la definición de contenidos digitales debe completarse, para una mejor comprensión, con el Considerando 19 de la misma, que igualmente entiende como ejemplos de contenidos digitales los programas de ordenador, los documentos de texto, las aplicaciones, los juegos, la música o los vídeos independientemente de la forma a través de la cual se acceda a ellos.

Hasta aquí la referencia estricta al concepto de contenidos digitales. Esta nueva figura, sin embargo, debe analizarse desde una perspectiva algo más amplia teniendo en cuenta, por un lado, la diferencia entre contenidos digitales y bienes muebles y, por otro, el contrato para el suministro de contenidos digitales.

Por lo que se refiere a la diferencia entre contenidos digitales y bienes muebles, hasta la modificación del TRLGDCU por la Ley 3/2014, todos aquellas realidades a que hace referencia la idea de contenidos digitales se consideraban productos (art. 6 TRLGDCU) y, por tanto, bienes muebles (art. 335 CC), inde-

pendientemente de su carácter corporal o incorporeal, debido a una poco cuidadosa transposición del artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE, que considera como bien de consumo “cualquier bien mueble corpóreo”. El artículo 6 TRLGDCU se remite al artículo 335 CC, que define los bienes muebles de manera residual (todos los que no son inmuebles), incluyéndose igualmente, pues, los inmateriales. Dicha identificación entre contenidos digitales (inmateriales) y bienes muebles (materiales) ha sido solventada tanto a través de la Directiva 2011/83 (cfr. art. 2.3 y 2.11) como a través de la Ley 3/2014, que transpone la Directiva (cfr. art. 59 bis.1.i) y 59 bis.2 TRLGDCU). En ambos casos se distingue nítidamente entre bienes muebles (materiales) y contenidos digitales (inmateriales). Resulta igualmente clara la distinción por lo que se refiere a los contratos relativos a uno y otro objeto. Así, el mencionado Considerando 19 de la Directiva establece que “si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva”. En tal caso el contrato a través del cual se permitirá su intercambio no recibirá ya el *nomen iuris* de contrato para el suministro de contenidos digitales sino el de compraventa.

Llegamos así al segundo punto desde el que debe analizarse la regulación de los contenidos digitales: el contrato para el suministro de contenidos digitales. Se trata este contrato de un *tertium genus*, definido a partir del objeto sobre el que recae el contrato (los contenidos digitales) y no a partir de los derechos y obligaciones de las partes: entrega (suministro en un sentido amplio) de un determinado producto a cambio de una contraprestación. Por lo que se refiere al objeto del contrato, éste no dista prácticamente de una compraventa. Sin embargo, se trata de una decisión perfectamente meditada por parte de la

Comisión, que pretende con ello favorecer el tráfico jurídico de las nuevas realidades surgidas tras la Revolución Digital a través de una nueva categoría contractual (el contrato para el suministro de contenidos digitales), de manera que el Derecho de contratos en los distintos Estados Miembros no suponga de facto una barrera para el intercambio de bienes y servicios en el Mercado Único Digital (Considerando 3 de la Propuesta 634/2015), al tiempo que permite afirmar que la regulación de esta categoría no afecta a las normativas nacionales en materia de contratos (véanse los Considerandos 14 de la Directiva 2011/83 y 10 de la Propuesta 634/2015).

II.- LOS CONTENIDOS DIGITALES EN LA PROPUESTA 634/2015: DE UN CONCEPTO AMPLIO A OTRO OMNICOMPRESIVO

La retirada de la Propuesta CESL obedece a la voluntad de la Comisión de avanzar en el impulso al Mercado Único Digital, lo cual puede reportar considerables beneficios (unos 250000 millones de euros de crecimiento adicional en Europa durante el mandato de la próxima Comisión, en palabras del Presidente Juncker). Así, la mencionada Propuesta pretende ser sustituida por dos Propuestas de Directiva (634/2015 y 635/2015) y por una Propuesta de Reglamento (627/2015). A través de estas iniciativas se pretende derribar las barreras a la actividad transfronteriza en línea, tanto en relación con las compraventas en línea (de bienes muebles corporales) como en relación con el suministro de contenidos digitales. Para ello se avanza en la línea ya iniciada por los textos anteriormente citados, tanto en relación con el contrato para el suministro de contenidos digitales como en relación con el concepto mismo de contenidos digitales, que pasa de ser amplio a omnicomprensivo. Cabe destacar, además, que sendas Propuestas de Directiva

establecen un nivel de armonización de máximos y mínimos (vid. art. 4 Propuesta 634/2015 y art. 3 Propuesta 635/2015), lo cual invita a preguntarse si dado el estrecho margen de maniobra que se ofrece a los Estados no habría sido más aconsejable darles forma de Reglamento.

Por lo que se refiere al contrato para el suministro de contenidos digitales, éste queda por primera vez definido en una norma (los textos anteriores sólo mencionan la figura), si bien de manera algo fragmentaria. Así, el artículo 2.10 de la Propuesta 634/2015 entiende por suministro “la puesta a disposición de un contenido digital o permitir su acceso (por el consumidor)”, mientras que el artículo 3 establece que la Directiva será aplicable a todo contrato en que “el suministrador suministre contenido digital al consumidor o se obligue a ello (where the supplier supplies digital content to the consumer or undertakes to do so)” a cambio de una contraprestación. Merece destacarse, por la importancia que reviste, que por primera vez una norma reconoce la entrega de datos personales o de otro tipo (por ejemplo, datos de navegación), siempre que dicha provisión de datos no se requiera por motivos de carácter técnico, como posible contraprestación equiparable a un pago monetario, algo que de facto ya venía ocurriendo pero que hasta ahora no ha tenido un reconocimiento normativo expreso. Así, según el artículo 3.1, a cambio del suministro de contenidos digitales el consumidor “pagará un precio o proporcionará de forma activa datos personales o de otro tipo a modo de contraprestación distinta del dinero”; precepto que debe completarse, para una mejor comprensión, con los Considerandos 13 y 14 de la mentada Propuesta.

Resultan de especial importancia las exclusiones del artículo 3.5, que descartan como contrato para el suministro de conteni-

dos digitales los servicios donde la intervención humana sea predominante y el contenido digital actúe como mero “contenedor (carrier)”, los servicios de comunicación electrónica, los relativos a la salud, los juegos de azar y los servicios financieros. Nótese que muchas de estas exclusiones ya figuraban en la Propuesta CESL (art. 2.j), si bien entonces figuraban como exclusiones del concepto de contenido digital. Se observa, en cualquier caso, que se profundiza en la configuración de esta categoría como un *tertium genus*, y ello no sólo por su definición (deliberadamente aséptica hasta el punto de ser en ocasiones redundante) sino porque en los siguientes artículos la Propuesta 634/2015 se dedica a establecer con cierto nivel de detalle las características de este contrato, poniendo de esta manera el acento en el cumplimiento de los criterios que recoge y no tanto en el *nomen iuris* que reciba. Recordemos que con ello se pretende por un lado no interferir en el Derecho contractual de los ordenamientos nacionales y por otro (más importante aún) que dichas normativas nacionales en materia de contratos no supongan una barrera al tráfico jurídico en el Mercado Único Digital.

En cuanto al concepto de “contenido digital”, éste pasa de ser amplio a abarcar prácticamente cualquier fenómeno que pueda ser objeto de tráfico jurídico y esté relacionado con el Mercado Digital, tanto aquellos que hasta ahora hemos entendido como contenidos digitales y que en definitiva pueden ser entendidos como bienes por mucho que reciban el nombre de contenidos digitales (bienes inmateriales; pero bienes, al fin y al cabo) como también, sorprendentemente, servicios. De esta manera, insistimos, el contrato para el suministro de contenidos digitales se erige en categoría autónoma construida en torno al objeto sobre el que recae (los contenidos digitales) y a la que

ya difícilmente puede identificarse sólo con la compraventa.

De acuerdo con el artículo 2.1 de la Propuesta 634/2015, serán contenidos digitales los siguientes. En primer lugar, “los datos producidos y suministrados en formato digital, como por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, videojuegos y cualquier otro software” (art. 2.1.a). Hasta aquí, los contenidos digitales tal como los veníamos entendiendo de acuerdo con la Directiva 2011/83 y la Ley 3/2014, e incluso la Propuesta CESL. La novedad se encuentra en los dos apartados siguientes, que por primera vez consideran determinados servicios como contenidos digitales. Así, son contenidos digitales también “los servicios que permiten la creación, proceso o almacenamiento de datos en formato digital cuando tales datos son proporcionados por el consumidor” (art. 2.1.b) y “los servicios para la puesta en común o cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital proporcionados por otros usuarios del servicio” (art. 2.1.c).

Queda, finalmente, hacer referencia a cómo quedan definidos los bienes en la Propuesta 635/2015, que en su artículo 2.d, establece que se entiende por bienes “cualquier elemento mueble tangible”, a excepción de los vendidos por autoridad judicial y del agua, el gas y la electricidad a menos que se encuentren envasados (nótese que se trata de una reproducción exacta del artículo 2.h de la Propuesta CESL). Llama, sin embargo, la atención, que en el memorándum explicativo de la Propuesta 635/2015 se especifica que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los bienes como CDs o DVDs que actúen como meros continentes de contenidos digitales ya que tal exclusión chocaría con el criterio expresado por el Considerando 19 de la Directiva 2011/83 antes mencionado obligando, entendemos, a revisarlo. Los contenidos digitales recogidos

en CDs o DVDs, ¿pasarían ahora a ser objeto de un contrato para el suministro de contenidos digitales en lugar de una compraventa?