

OPORTUNIDADES PERDIDAS, REVENTA DIGITAL Y AGOTAMIENTO ONLINE: DE USEDSoft A TOM KABINET

Por Jaime DELGADO GARCÍA-POMAREDA
Abogado en ONTIER

Fecha de recepción: 29.01.2020
Fecha de aceptación: 27.02.2020

RESUMEN: El trabajo pretende analizar el mercado digital europeo y las condiciones de compra de activos online. Tras un estudio comparativo de las modalidades de acceso y adquisición de contenido digital, se encuentran deficiencias para con los consumidores, que perjudican sus facultades de disposición y que pueden en parte explicar por qué estos recurren a la piratería. Para resolver estos problemas, se estudia la aplicabilidad de la doctrina Usedsoft y su conjugación con la realidad normativa y tecnológica actual, complementada con una valoración jurisdiccional, haciendo especial hincapié en las consecuencias de la reciente sentencia Tom Kabinet. Tras este análisis, se propone una legislación unitaria que repercuta en un tratamiento del contenido digital sin las actuales distinciones y en consecuencia la creación de un mercado digital más equitativo y justo con consumidores, plataformas y titulares de los derechos de propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE: Contenido digital, agotamiento, Usedsoft, PCBox, Tom Kabinet, software.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿ES POSIBLE HABLAR DE COMPRA-VENTA EN EL ENTORNO DIGITAL? 1. ANÁLISIS DE CONDICIONES DE ADQUISICIÓN DE CONTENIDOS EN LÍNEA. 2. LA BÚSQUEDA DE LA «PROPIEDAD» DIGITAL MEDIANTE LA PIRATERÍA. 3. LA DESPROTECCIÓN LEGISLATIVA EUROPEA DEL CONSUMIDOR. III. LAS DOCTRINAS USEDSoft Y PCBOX COMO POSIBLES PILARES PARA UN NUEVO MODELO DE CONSUMO DE CONTENIDO DIGITAL. 1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA USEDSoft GMBH CONTRA ORACLE INTERNATIONAL CORP. 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NINTENDO Co. LTD Y OTROS CONTRA PC BOX SRL Y 9NET SRL. 3. SECUELAS DE USEDSoft Y PCBOX: ESTADO DEL PANORAMA JURISPRUDENCIAL. 4. TOM KABINET: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA. IV. APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA USEDSoft

A TRANSMISIONES DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS. 1. ¿ESTÁ JUSTIFICADO EL TRATAMIENTO DISPAR DEL CONTENIDO DIGITAL Y SOFTWARE? 2. LA NECESIDAD DE UNA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA EUROPEA. 3. UN PASO MÁS ALLÁ PARA REVITALIZAR EL MERCADO DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS. V. CONCLUSIONES

TITLE: Digital resales and online exhaustion: from Usedsoft to Tom Kabinet

ABSTRACT: The following paper intends to analyze the digital market and related purchase conditions of the European Union. After a comparative study of the accessibility and purchase modalities, deficiencies are encountered. These negatively affect consumers, who find their rights restricted, and may explain why they resort to piracy. The applicability of the Usedsoft doctrine in the legislative and technological context is proposed as a way to solve these problems. The jurisdictional status of the state of play is also addressed, emphasizing on the consequences of the recent Tom Kabinet decision. After this analysis, a unitary legislative policy is proposed. Such a policy is based in the creation of a more fair and equitable digital market, unhindered by the current legislative distinctions. This will produce a fairer system for consumers, platforms and copyright holders alike.

KEY WORDS: Digital content, exhaustion, Usedsoft, PCBox, Tom Kabinet, software.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. IS IT POSSIBLE TO TALK ABOUT PURCHASING DIGITAL CONTENT? 1. ANALYSIS OF TERMS AND CONDITIONS REGARDING THE ONLINE PURCHASE OF DIGITAL CONTENT. 2. PIRACY AS THE SEARCH OF DIGITAL «PROPERTY». 3. EUROPEAN LAW AND CONSUMER VULNERABILITY. III. USEDSoft AND PCBOX DOCTRINES AS POSSIBLE PILLARS FOR A NEW DIGITAL CONTENT CONSUMER MODEL. 1. ANALYSIS OF UsedSoft GmbH v ORACLE INTERNATIONAL CORP. 2. ANALYSIS OF NINTENDO Co. LTD ET AL v PC BOX SRL AND 9NET SRL. 3. USEDSoft AND PCBOX'S AFTERMATH: STATE OF THE JURISPRUDENCE. 4. TOM KABINET: A MISSED OPPORTUNITY. IV. APPLICABILITY OF USEDSoft DOCTRINE TO TRANSMISSIONS OF PROTECTED WORKS. 1. IS THIS UNEVEN TREATMENT OF DIGITAL CONTENT AND SOFTWARE JUSTIFIED? 2. THE NEED FOR AN EUROPEAN LEGISLATIVE ADAPTATION. 3. ANOTHER STEP TO REINVIGORATE THE PROTECTED WORKS MARKET. V. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo estudia el panorama actual del comercio digital europeo, valorando en especial las condiciones de compraventa de bienes digitales.

Desde su implantación, el contenido digital ha experimentado una vertiginosa expansión: el gasto de los usuarios en prestaciones digitales superará pronto al gasto en contenidos físico en la mayoría de los sectores culturales. Los ingresos derivados de la música en formato digital ya han superado a la distribución física, y se prevé que esto se repita en los demás sectores —con la excepción del libro electrónico, a quien le cuesta ganar terreno sobre su homólogo físico—¹.

Dos son las principales trabas que se detectan a la hora de valorar la situación del comercio cultural online: las restrictivas imposiciones y condicionantes a las que debe someterse el consumidor a la hora de adquirir estos bienes, y las distinciones legislativas que se producen en este ámbito².

Ambos males están interconectados: son las diferencias de trato normativas entre diferentes manifestaciones y soportes de los bienes digitales las que favorecen la imposición de condiciones poco propicias a los consumidores. La falta de disposición sobre los bienes comprados, restricciones de uso, posibles eliminaciones del contenido y posesión de éstos no de manera indefinida son sólo una muestra de la realidad contractual digital.

Un número relevante de usuarios, ante este hostil panorama, lamentablemente recurren a la piratería para obtener ilícitamente las facultades de disposición y la seguridad que no obtienen mediante su adquisición por los canales legales.

Es por esto que el artículo, tras exponer los antecedentes legislativos europeos, analiza las condiciones de compra de una obra sujeta a la propiedad intelectual, para así verificar las mencionadas restricciones a las que se somete el consumidor medio que desee adquirir un bien digital para su disfrute.

Es especialmente relevante el análisis de estas condiciones, ya que es un trámite habitual, accesible y extendido para los consumidores de bienes digitales. Éstos, como expondrá el trabajo, desconocen las limitaciones a sus derechos que se ocultan tras el aparentemente inocuo botón de comprar.

¹ Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI) Informe anual del sector de los Contenidos Digitales en España 2019 (disponible en <https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/2020-01/InformeSectorContenidosDigitales2019.pdf>), p. 78 (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

² Además de su carencia de adaptabilidad a los retos tecnológicos. Ver A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes* (coord. J.J. Marín López, R. Casas Vallès, R. Sánchez Arísti), Dykinson, Madrid, 2016, p. 128.

Del estudio de éstas y de la consulta de diversos informes, se espera averiguar si efectivamente los consumidores estarían dispuestos a abonar un precio superior por estos contenidos si se les concedieran las facultades de disposición y la seguridad de las que a día de hoy carecen.

De ser así, predecimos que se produciría un descenso notable del consumo de contenido obtenido mediante la piratería, acompañado y producido por un aumento del consumo lícito de los bienes digitales.

A continuación, el trabajo estudia la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y demás tribunales de la Unión, en busca del modo de armonizar legislativamente el tratamiento del contenido digital, armonización que posiblemente permita la aplicación de condiciones más favorables a los consumidores de estos bienes.

Se espera con esto dejar atrás las nociones legislativas que dispensan distinto trato al contenido digital esencialmente idéntico en perjuicio de los consumidores. Nociones éstas que, por su parte, han sido ampliamente superadas por la realidad tecnológica y comercial, y que empiezan a difuminarse a la vista de las sentencias y circunstancias que este artículo estudiará.

II. ¿ES POSIBLE HABLAR DE COMPRAVENTA EN EL ENTORNO DIGITAL?

En 2002, Jeff Bezos, CEO de Amazon y creador de una de las mayores plataformas de compraventa, difusión y recientemente, productora de contenido intelectual, escribió una carta destinada a todos los vendedores de libros usados que operaban en su plataforma.

El motivo de esta misiva era defender la venta de libros de segunda mano en Amazon, que, según crecientes protestas del Author's Guild, era dañina para la industria del libro³. En ella, Jeff Bezos manifestó que la compra de un libro, «como todo el mundo sabe», implicaba asimismo la compra del derecho a revenderlo, prestarlo o incluso regalarlo si así se deseaba⁴.

En efecto, es evidente que la compra de un libro físico dará al consumidor plenos derechos de propiedad, obtenidos a cambio del pago de la contraprestación correspondiente. Sin embargo, esta aparente tautología no lo es tal: la adquisición de e-books —libros en formato digital— en la plataforma Amazon

³ Disponible aquí: <http://archive.li/50QCT> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁴ Ídem.

no permite su reventa, para lo que se necesita una licencia de reventa obtenida del autor o editor⁵.

A día de hoy, el 56'3% de los usuarios de Internet de España descarga contenidos digitales⁶. La expansión del comercio digital se ha producido a una velocidad tal, que los clientes —como Bezos subrayaba: «todo el mundo lo sabe»— esperan una traslación de los derechos concedidos por la compra de bienes físicos a sus homólogos digitales. A la vista de lo anterior y como se profundizará a lo largo de los siguientes epígrafes, este no es siempre el caso.

1. ANÁLISIS DE CONDICIONES DE ADQUISICIÓN DE CONTENIDOS EN LÍNEA

Comenzaremos estudiando el panorama actual de compra de contenido digital valorando los medios, condiciones de compra y naturaleza de los contratos suscritos por los consumidores a la hora de adquirir contenidos digitales.

Dado que las plataformas de compra y alquiler de prestaciones digitales cuentan habitualmente con condiciones generales de contratación y uso estandarizadas para toda la Unión Europea, valoraremos las condiciones de compra de estos contenidos mediante un estudio comparativo entre las modalidades de adquisición tanto en el mercado digital y físico de una obra que consideremos representativa⁷.

Se analiza una única obra en concreto, no sólo por motivos de extensión, sino por diversos motivos: en primer lugar, el estudio de una obra en concreto permitirá valorar las condiciones de acceso, precio y modalidades de compra en diversas plataformas, tanto físicas como digitales.

En segundo lugar, dado que los términos de uso de las principales plataformas de contenido digital están estandarizados, consideramos que las conclusiones serían parecidas de extender el análisis a más tipos de contenido.

Por todo lo dicho, hemos elegido para esta primera etapa del trabajo el análisis de los términos de compra de la película «Jurassic World». Dicho largometraje goza de amplio reconocimiento social, su precio de venta se ha estabilizado y

⁵ Ver <https://smallbusiness.chron.com/become-kindle-ebook-reseller-33899.html> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁶ Estudio ICLAVES *¿Cuál es el precio que los usuarios están dispuestos a pagar por los contenidos? Primer estudio sobre las características de la demanda de contenidos digitales en España*, 2012, p. 19 (disponible en <https://www.slideshare.net/Iclaves/iclaves-cunto-estn-dipuestos-los-usuarios-a-pagar-por-los-contenidos>; Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁷ Entendiendo representativa como una obra relativamente reciente, pero no tan reciente como para que su precio se dispare por la alta demanda inicial, una obra accesible a la mayor parte del público y, por tanto, una gran producción comercial.

recaudó más de mil millones de dólares en la taquilla global⁸. Comparando las posibilidades de acceso, precio y condiciones de uso de esta película digital, se espera exponer las condiciones de compra y contratación de estos activos y profundizar en los motivos subyacentes que motivan a los usuarios a acudir la piratería.

Como primer paso, si deseáramos adquirir digitalmente esta película, las opciones más extendidas a nivel nacional serían iTunes y Google Play⁹. A los efectos de este trabajo, omitimos plataformas de streaming como Netflix o Amazon Prime, ya que éstas no permiten adquirir permanentemente contenidos, sino únicamente retransmitirlos.

Respecto al precio de esta película en Apple TV, a fecha de redacción del presente trabajo es de 9'99€¹⁰. Un vistazo a las condiciones de servicio de Apple nos revela las limitaciones que la empresa impondría al consumidor que quisiera adquirir esta película¹¹.

En primer lugar, el disfrute de la película estaría limitado a un «número razonable» de dispositivos, en caso de que no contara con protección por DRM, y a cinco si contara con esta protección¹². Adicionalmente, la cuenta vinculada a la adquisición de «Jurassic World» sólo podría emplearse en un número máximo de 10 dispositivos (que a su vez deben estar vinculados a una cuenta de Apple), dentro de los cuales, sólo cinco podrían ser ordenadores. El acceso a este largometraje en algún dispositivo que no fuera de la marca Apple podría entrañar limitaciones en «funciones o tipos de contenido»¹³.

Finalmente, el disfrute de este largometraje requeriría una conexión HDCP (herramienta anticopia de audio y vídeo digital que quedó prácticamente obsoleta cuando en el año 2010 se filtró un crack —programa que modifica permanente o temporalmente otro, para obviar una limitación impuesta por el programador original para circunvalarla—, y conocida por dar problemas en caso de pretender sincronizar el contenido con más de una pantalla)¹⁴.

⁸ Datos disponibles en <https://www.boxofficemojo.com/movies/?id=jurassicpark4.htm> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁹ Al respecto, ver <https://www.theverge.com/2017/5/17/15654454/android-reaches-2-billion-monthly-active-users> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹⁰ Precio disponible en <https://itunes.apple.com/es/movie/jurassic-world/id972784500> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹¹ Términos legales disponibles en <https://www.apple.com/legal/Internet-services/itunes/es/terms.html> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹² Apartado «Normas de utilización del contenido», ver nota al pie 14.

¹³ Así, al adquirir esta película para verla en un iPad, por ejemplo, podrían darse problemas si se quisiera disfrutar de ella en cualquier otro dispositivo, como un televisor de otra marca.

¹⁴ Dicha filtración fue confirmada por Intel en septiembre de 2010. Ver <https://www.foxnews.com/tech/hdtv-code-crack-is-real-intel-confirms> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

Además, en sus términos y condiciones Apple incluye: «Si Ud. incumple o Apple sospecha que Ud. ha incumplido cualquiera de las disposiciones del presente Contrato, Apple podrá, sin concederle ningún preaviso: (i) resolver el presente Contrato y/o cancelar su ID de Apple, en cuyo caso Ud. seguirá siendo responsable del pago de todas las cantidades adeudadas bajo su ID de Apple hasta la fecha de resolución y/o cancelación, inclusive; y/o (ii) revocar la licencia del software otorgada a favor de Ud.; y/o (iii) impedirle el acceso a los Servicios.»

Es decir, el cliente somete la disponibilidad de todas las compras de obras digitales que haya realizado al más puro arbitrio de esta compañía: bastará la sospecha de ésta de que el cliente está incumpliendo cualquiera de los cientos de condiciones que se le imponen para que la compañía pueda dejar al usuario sin acceso efectivo a todos los contenidos contratados.

Por otro lado, si se pretendiera adquirir «Jurassic World» en Google Play, el precio esta vez sería de 8'99€, un euro más barato que en la anterior plataforma. Respecto a las condiciones impuestas por Google, en primer lugar éste limita el acceso al contenido «mientras Google disponga del derecho a facilitarte ese Contenido»: esto es, si comprada «Jurassic World», expirara el contrato de licencia de explotación de derechos que Google tiene suscrito con el distribuidor de esta película, Google podría eliminar este contenido digital de nuestra cuenta¹⁵. Así lo especifica en sus propias condiciones:

En algunos casos (por ejemplo, si Google pierde los derechos pertinentes o deja de ofrecer un servicio, o si el Contenido deja de estar disponible, hay problemas graves de seguridad o se infringen las condiciones aplicables o alguna disposición legal), Google puede retirar el Contenido de tu Dispositivo o dejar de proporcionarte acceso a determinado Contenido que hayas comprado.

Puede comprobarse que estas condiciones son ciertamente draconianas, puesto que el usuario ha pagado un precio por una operación calificada como compra¹⁶. Se convierte así la transacción en una especie de alquiler, con una facultad de extinción condicionada a la renovación o no del contrato de licencia suscrito por el vendedor con un tercero.

Puede argumentarse que el hecho de que el botón rece: «Comprar», para una operación que no es tal, debería considerarse un auténtico caso de publicidad engañosa. El mero hecho de que la mayor parte de los consumidores desconozca la auténtica naturaleza de las adquisiciones que creen realizar en Internet

¹⁵ Disponibles aquí https://play.google.com/intl/es_es/about/play-terms.html (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹⁶ «Al comprar contenido, este se almacenará en una videoteca digital. Podrás ver el Contenido de la Videoteca un número ilimitado de veces siempre que se disponga de los derechos necesarios para seguir proporcionándote ese contenido (Periodo en la Videoteca).» Fuente: https://play.google.com/intl/es_es/about/movies-tv-usage-rules.html (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

desemboca en que los operadores no tengan ningún incentivo para emplear una nueva terminología de marketing¹⁷.

Por otro lado, a los consumidores que sí conozcan esta falsa correspondencia no les compensará litigar contra las grandes plataformas debido a la escasa entidad del perjuicio. De este modo, las plataformas continúan beneficiándose de un engaño generalizado hacia sus consumidores, mientras que las autoridades de consumo no parecen dedicar recurso alguno a solucionar esta cuestión.

Además de lo anterior, Google —como Apple— también establece variadas restricciones que limitan el uso y disfrute del contenido, limitando: el número de visionados y emisiones simultáneos, el número de cuentas autorizadas por dispositivo y la cantidad de reproducciones sin conexión posibles en un intervalo de tiempo¹⁸.

Asimismo, dichos términos prohíben terminantemente el préstamo, regalo, cesión o reventa de dichos productos digitales, operaciones frecuentes cuando el contenido se adquiere en su modalidad física.

Podemos comprobar cómo la sencilla operación de adquirir «Jurassic World» digitalmente se constituye en una transacción que sólo remotamente podría calificarse de compraventa. En primer lugar, el usuario no dispone del contenido permanentemente, sino que está vinculado a la posesión de los derechos de explotación que el vendedor tenga. Además, puede ser privado de sus derechos de uso en cualquier momento y por cualquier motivo. Y, por último, no puede transmitirlos con la misma libertad que los comercializados en un soporte físico.

Por añadidura, el disfrute del contenido está lastrado por numerosas restricciones, requisitos y medidas tecnológicas de seguridad que, cuando no prácticamente obsoletas, disminuyen la experiencia de las obras digitales.

Cabe destacar que el precio por adquirir el DVD físico de «Jurassic World» es exactamente el mismo que en su versión digital: 9'99€¹⁹. Sin embargo, las ventas de los formatos físicos están cayendo con los años, debido principalmente a dos factores: la cada vez más rápida obsolescencia de los formatos, y la comodidad intrínseca que el disfrute de estos contenidos desde plataformas digitales aporta²⁰.

¹⁷ A. PERZANOWSKI; C.J. HOOFNAGLE, «What We Buy When We 'Buy Now'». *University of Pennsylvania Law Review*, nº 317, 2017, pp. 50-51.

¹⁸ Condiciones que figuran en el enlace *supra*, nota al pie 16.

¹⁹ Ver <https://www.elcorteingles.es/cine/A16748807-jurassic-world-dvd/>, <https://www.fnac.es/a1136705/Jurassic-World-DVD-Chris-Pratt?omnsearchpos=12> y <https://www.amazon.es/Jurassic-World-Bryce-Dallas-Howard/dp/B00ZF5YSYO> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

²⁰ Únicamente el libro en formato tradicional es inmune a la caída generalizada de ventas de contenido cultural en soporte físico. Fuente: <https://www.pwc.com/gx/en/industries/tmt/media/outlook.html> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

Dicha obsolescencia se manifiesta en el aumento progresivo de la velocidad en la que los formatos de contenido multimedia son sustituidos: el formato VHS salió al mercado en 1976, el DVD en 1995, el Blu-Ray en 2006 y el 4K en 2012²¹.

Por otro lado, las plataformas digitales obtienen, por el mismo precio de venta que su equivalente físico, unos márgenes de beneficio muy superiores por la venta del contenido digital: los costes de transacción se reducen considerablemente al no tener que lidiar con aspectos como transporte, logística, o almacenamiento; y estas plataformas cuentan con un elevado número de usuarios, por lo que rentabilizan sus esfuerzos de marketing mediante el uso del Big Data²².

Ya hemos podido apreciar cómo esta última alternativa es un arma de doble filo: a cambio de comodidad en el acceso a contenidos, el cliente deja en el camino numerosos derechos que en una compraventa normal resultaría impensable renunciar. Tal sería el caso si el DVD físico de Jurassic World dejara de funcionar cuando la distribuidora que lo vendió perdiera los derechos de explotación de dicha película, con el consecuente perjuicio para los consumidores que hayan pagado exactamente el mismo precio por éste que por su equivalente físico²³.

2. LA BÚSQUEDA DE LA «PROPIEDAD» DIGITAL MEDIANTE LA PIRATERÍA

Esta falsa operación de compraventa, pues, encubre un contrato de licencia desconocido para el consumidor, con condiciones ciertamente opresivas para sus derechos de disfrute y transferencia del contenido que ha adquirido legítimamente. Desconocimiento que perpetúan y explotan mediante términos y condiciones de licencia excesivamente extensos y con lenguaje complejo, e incentivando al consumidor para aceptarlas rápidamente sin tener que leer y entender un volumen de texto abrumador²⁴.

²¹ Para el VHS, consultar https://ethw.org/Milestones:Development_of_VHS,_a_World_Standard_for_Home_Video_Recording,_1976 Respecto al DVD, ver <https://www.britannica.com/technology/DVD> en cuanto al Blu-Ray, ver <https://www.engadget.com/2008/02/16/blu-ray-discs-reach-1-5-million-sold-hdm-still-trails-dvds-fir/> por último, se puede obtener más información sobre el 4K aquí <https://newatlas.com/sony-vpl-vw1000es-4k-projector/22760/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

²² Las plataformas de streaming dependen de los datos obtenidos de sus usuarios para crear y personalizar la oferta de contenidos. En este sentido, ver <https://www.clickz.com/how-netflix-uses-big-data-content/228201/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

²³ En el año 2009, la propia empresa Amazon eliminó de los dispositivos de lectura de libros digitales de sus usuarios ciertas ediciones de libros cuyo distribuidor no contaba con los derechos de comercialización oportunos. Incluso aunque sus clientes hubieran almacenado dichas obras localmente, Amazon pudo eliminarlas y devolverles el dinero desembolsado por su compra. Aparentemente el pago del precio de estas obras no concedía los mismos derechos de propiedad que el CEO de Amazon prodigaba al principio de este artículo, ya que ésta podía eliminarlos de la posesión de sus clientes en cualquier momento. Para más información, ver <https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

²⁴ A modo de ejemplo, los términos y condiciones de iTunes ocupan 56 desalentadoras páginas. Para más información: <http://techland.time.com/2011/05/06/so-why-are-itunes-terms-and-conditions->

Los consumidores aceptan estas duras condiciones por dejadez y la desinformación respecto a que están renunciando a un número tan elevado de derechos básicos. A esto se une un término acuñado como «*term optimism*»: la impresión del cliente de que los términos del contrato que ignora son mucho más favorables a su persona de lo que realmente son²⁵.

Al respecto, cabe destacar un estudio realizado por los autores A. PERZANOWSKI y C.J. HOOFNAGLE, en el que trataron de averiguar la percepción de los consumidores sobre los derechos obtenidos al hacer clic en un enlace de «comprar ahora». El resultado de dicho estudio reveló que un alto porcentaje de los usuarios de Internet creen que adquieren los mismos derechos a usar y transferir contenido digital multimedia que cuando los adquieren en formato físico, circunstancia que no se produce en realidad.

Además, el estudio concluyó que estos derechos importan a los consumidores: están dispuestos a pagar más por obtener dichos derechos, y preferirán la adquisición —tanto legal como ilegalmente— de contenido que lleve aparejado estas facultades de disposición²⁶.

Los participantes en el estudio expresaron su preferencia por modalidades de contenido que les permitieran prestar, revender y utilizar contenidos digitales en sus dispositivos preferidos²⁷. Algunos expresaron su rechazo a modalidades de adquisición de contenido que les «impedían hacer lo que quisieran con algo por lo que habían pagado», mientras que otros, al ser informados de las condiciones de «compra» manifestaron que «si no es de mi propiedad cuando lo compro, mejor me compro el CD»²⁸.

En España, la mayor parte de los usuarios están dispuestos a pagar por el contenido digital, preferentemente en su modalidad de descarga²⁹. Los consumidores también muestran su preferencia por modelos de disfrute de contenido que permitan mayores facultades de disposición sobre éstos: los consumidores favorecen el acceso a contenidos mediante la descarga, frente al contenido en streaming, otorgándole una ponderación decisiva a la hora de adquirir contenido digital de pago³⁰.

56-pages-long/ (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

²⁵ I. AYRES, A. SCHWARTZ «The No-Reading Problem in Consumer Contract Law», 66 *Stanford Law Review* 545, 2014, pp. 571-573.

²⁶ A. PERZANOWSKI, C.J. HOOFNAGLE «What We Buy...», *cit.*, pp. 330-336.

²⁷ Un 55% expresó una preferencia moderada o alta por contenido que pudieran prestar, un 39% por contenido que pudieran revender y un 85% por contenido compatible con dispositivos a su elección. A. PERZANOWSKI, C.J. HOOFNAGLE «What We Buy...», *cit.* p. 357.

²⁸ Ídem.

²⁹ Estudio ICLAVES *¿Cuál es el precio...?*, *cit.*, p. 9.

³⁰ Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI) (2017:14) Estudio de Uso y Actitudes de Consumo de Contenidos Digitales (disponible en <https://www.onsi.red.es/onsi/sites/onsi/files/Us%20y%20actitudes%20de%20consumo%20de%20contenidos%20digitales.%20Julio%202017.pdf>) (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

Esta preferencia se explica por un mayor desconocimiento de los usuarios acerca de estas modalidades de consumo, y por la existencia de modelos gratuitos de acceso a contenidos digitales que se financian mediante publicidad³¹.

Según datos del Observatorio de la Piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, en 2018 la piratería costó a la industria cultural española 23.918 millones de euros. Las categorías de contenidos más pirateadas, tanto por valor monetario como por volumen, fueron la música y las películas. Los videojuegos y libros, por volumen, fueron los tipos de obras de propiedad intelectual menos pirateados, si bien la repercusión económica de los primeros fue casi equiparable al valor de las pérdidas respecto a música y películas³².

La práctica totalidad de los usuarios de Internet están familiarizados con las plataformas de contenidos digitales que ofrecen acceso legal a contenidos, estando demostrado que a medida que se incrementan las suscripciones a dichas plataformas descende la piratería³³.

La solución, por tanto, es ofrecer contenido en condiciones atractivas desde estas plataformas, que cuentan con los medios y bases de suscriptores suficientes como para implementar medidas en beneficio de los consumidores.

Estando los consumidores dispuestos a pagar por los contenidos digitales, y siendo un factor importante la comodidad del acceso a los mismos, puede apreciarse el descenso en la piratería y el aumento del consumo lícito de estas obras que equilibrar los derechos concedidos por la compra digital aportaría.

3. LA DESPROTECCIÓN LEGISLATIVA EUROPEA DEL CONSUMIDOR

Además de lo expuesto en epígrafes precedentes, en el caso que nos ocupa los consumidores de bienes digitales han sido dejados de lado por el legislador europeo. La distinción entre obras intelectuales en formato multimedia o en software, por un lado, y la discriminación entre obras adquiridas mediante soporte físico o en soporte digital, por otro, fomentan la desprotección del consumidor a la hora de adquirir estos contenidos, como a continuación se expone.

³¹ Estudio ICLAVES *¿Cuál es el precio...?, cit.*, p. 9.

³² Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, página 5. Disponible aquí <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ndp-observatorio-2017-es.pdf> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

³³ Ídem.

Efectivamente, como han señalado diversos autores, el marco regulatorio europeo actual permite estas prácticas respecto al contenido digital, ya que el Cdo. 19 de la Directiva 2011/83 establece³⁴:

«Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. 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.»

Esta caduca distinción únicamente obra en detrimento de los consumidores e ignora la realidad tecnológica actual: el conceder a una obra la calificación de bien o no —y, por tanto, objeto de compraventa— sometida únicamente a su transmisión mediante un *bien físico* supone una diferenciación ciertamente artificial.

Así, es práctica habitual en el mercado la adquisición de soportes físicos que únicamente incluyen un código escrito en un cartón que dará acceso al contenido una vez canjeado en la plataforma online del distribuidor³⁵; la compra de un videojuego en formato físico habitualmente requerirá la descarga de parte de su contenido mediante Internet para poder disfrutarlo³⁶; o la adquisición de películas y series en formato físico que incluyen a su vez un ejemplar de dicha obra en formato digital³⁷.

La distinción entre obras transmitidas mediante un soporte físico o no, ha quedado —por tanto— obsoleta por los usos de la industria y la propia realidad tecnológica. Es por esto que consideramos que la inaplicación de la Directiva 2011/83 al contenido multimedia accedido mediante Internet desprovee de seguridad a los consumidores sin una base fáctica o jurídica que permita efectivamente realizar esta distinción.

En vista de lo anterior, el consumidor que quiera disponer de un ejemplar de algún contenido u obra en formato digital de manera permanente y disfrutarlo sin que le impongan desorbitadas restricciones posiblemente recurra a la piratería para descargarlo y disponer de él como desee. El hostil entorno del comercio digital acucia, en parte y por desgracia, la proliferación de las descargas ilegales de contenido³⁸.

³⁴ S. CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo». *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n° 11/2014, pp. 98-101.

³⁵ Ver, por ejemplo: <https://www.eurogamer.net/articles/2017-12-15-pokemon-crystal-coming-to-3ds-in-a-cardboard-box> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

³⁶ La mayor parte de los videojuegos actuales requieren de voluminosas descargas e instalaciones para ser disfrutados, aun cuando son adquiridos en formato físico. Ver, por ejemplo: <https://support.xbox.com/es-ES/games/game-setup/install-games> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

³⁷ Formato muy habitual en la industria: https://www.amazon.es/Mad-Max-Carretera-Digital-Bluray/dp/B0107NOSL6/ref=sr_1_4?s=dvd&ie=UTF8&qid=1540121386&sr=1-4&keywords=Bd+Combo+%2B+Copia+Digital (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

³⁸ Como se desprende de las conclusiones del estudio de A. PERZANOWSKI, C.J. HOOFNAGLE, «What We Buy...», *cit.* nota al pie 27.

Afortunadamente, como observaremos en el apartado siguiente, la jurisprudencia europea comienza a difuminar estas caducas distinciones. Los pronunciamientos que se estudiarán en dicho apartado quizá sirvan de puntos de apoyo para la armonización legislativa del tratamiento del contenido digital.

III. LAS DOCTRINAS USEDSoft Y PCBOX COMO POSIBLES PILARES PARA UN NUEVO MODELO DE CONSUMO DE CONTENIDO DIGITAL

La solución de los problemas señalados en los apartados anteriores puede derivarse de una armonización legislativa europea a la luz de dos sentencias europeas: la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de julio de 2012 *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp* (en adelante, «STJUE *Usedsoft*») y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014 *Nintendo Co. Ltd y otros contra PC Box Srl y 9Net Srl* (en adelante, «STJUE *PCBox*»).

Para su mejor comprensión es imprescindible realizar ciertas precisiones sobre los derechos de explotación de la propiedad intelectual sobre los que versará este apartado: el derecho de distribución y el de comunicación pública.

La distribución se define como todo acto por el cual se ponga disposición del público el original o las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma³⁹. Así, la distribución al público se caracteriza por un conjunto de operaciones que incluyen, por lo menos, la celebración de un contrato de venta y su cumplimiento mediante su entrega a un comprador.

De este modo, el concepto de distribución implica necesariamente la incorporación de la obra a un soporte físico que permita su comercialización, tal y como un libro o un DVD. En consecuencia, todo modo de explotación de una obra que no permita su incorporación a un soporte físico como los anteriormente mencionados no podrá ser considerado como un acto de distribución en sentido técnico⁴⁰.

Por otro lado, el derecho de comunicación pública se diferencia del de distribución en que el primero se caracteriza por que la explotación no requiere la incorporación a un soporte tangible fundamental para la apreciación del acto de distribución, sino que la obra se hace meramente «accesible» o «disfrutable» para el público mediante una explotación intangible por naturaleza.

³⁹ Artículo 19 del 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 (en adelante «TRLPI»).

⁴⁰ J.C. ERDOZAIN LÓPEZ, «Los derechos de explotación». *Manual de propiedad intelectual*. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Séptima edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-84.

El elemento diferenciador entre ambas modalidades de explotación es, pues, el hecho de que la obra se haga accesible a una pluralidad de personas a través de ejemplares o copias físicas —distribución— o sin que medie un soporte tangible —comunicación pública—⁴¹.

1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA USEDSoft GMBH CONTRA ORACLE INTERNATIONAL CORP

En la primera de las mencionadas sentencias, el TJUE equipara, desde un punto de vista económico, la venta de un programa de ordenador en CD-ROM o DVD a la venta de un programa de ordenador mediante descarga de Internet. En efecto, la Directiva 2009/24, en su artículo 4.2 se refiere sin más precisiones a la venta de una copia de un programa, sin realizar ninguna distinción en función de la forma material o inmaterial de la copia de que se trate.

De este modo, la transmisión en línea resulta el equivalente funcional de la entrega de un soporte material⁴². En ambos supuestos el licenciatario facilita a sus clientes la posibilidad de utilizar el programa de manera permanente a cambio del pago de un precio. Esto conlleva una transferencia efectiva del derecho de propiedad sobre la copia, persiguiendo el mismo fin y conformando de este modo la descarga de ésta y la celebración de la licencia de uso un todo indivisible⁴³.

Esta interpretación del Tribunal del concepto de venta no es susceptible de derogación por voluntad de las partes. Ni el nombre que éstas atribuyan al contrato, ni las divisiones entre descarga y licencia que puedan establecerse en el contrato permitirán otorgar un nombre distinto de compraventa a las transmisiones que cumplan con las condiciones enunciadas por el TJUE. Las cláusulas contractuales que pretendan impedir la subsunción del contrato en el concepto de venta para evitar la aplicación del principio de agotamiento serán nulas y se tendrán por no puestas⁴⁴.

Puede comprobarse como la manera de eludir la aplicación del término «venta» en dichos contratos de descarga de software es un reflejo prácticamente idéntico de las condiciones y derechos concedidos por la práctica contractual de acceso a contenidos digitales que hemos estudiado en epígrafes anteriores.

⁴¹ J.C. ERDOZAIN LÓPEZ, «Los derechos de...», *cit.*, pp. 90-93.

⁴² Parágrafo (61) STJUE Usedsoft.

⁴³ G. MINERO ALEJANDRE, «Reventa de software de segunda mano. Estado de la cuestión en la Unión Europea tras la sentencia Usedsoft c. Oracle International». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 103, 2017, p. 6.

⁴⁴ Ídem.

Resulta indispensable ahondar en una serie de consideraciones que se desprenden de la sentencia del Tribunal de Justicia (en adelante, también «TJUE») con respecto al agotamiento del derecho de distribución por el titular de los derechos de autor.

La primera de ellas es que el principio del agotamiento del derecho de distribución busca lograr un equilibrio entre la necesidad de protección de los derechos de propiedad intelectual y el monopolio sobre la explotación de la obra que a su titular conceden, y las exigencias que la libre circulación de bienes requiere. Ésta se vería considerablemente restringida si cada transferencia de una obra intelectual tuviera que contar con el beneplácito de quien ya la ha comercializado y originariamente gozaba de los derechos de explotación sobre ésta.

Dicho derecho se agotará si el titular de los derechos de autor autoriza, a título gratuito u oneroso, la descarga de Internet de una copia de su obra en un soporte informático, a la vez que confiere un derecho de uso sin límite de duración de esta copia a cambio de un precio que permita al autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra⁴⁵.

El agotamiento de este derecho se producirá en el momento de la primera venta en la Unión, por el titular o con su consentimiento, de cualquier copia, ya sea material o inmaterial. Una vez producida ésta, el titular de los derechos no podrá ya oponerse a la reventa de la copia, ni mediante disposiciones contractuales que prohíban la cesión posterior⁴⁶. De este modo, tanto el segundo adquirente de la copia como todos los adquirentes posteriores serán considerados «adquirentes legítimos»⁴⁷.

Si se considerara únicamente como adquirente legítimo al adquirente facultado mediante un contrato de licencia celebrado directamente con el titular de los derechos de autor, éste podría invocar su derecho exclusivo de reproducción para impedir el uso efectivo de cualquier copia de segunda mano respecto a la cual se hubiera agotado su derecho de distribución⁴⁸.

Esto daría al autor un auténtico control de la reventa de las copias descargadas de Internet, pudiendo exigir en cada reventa una nueva remuneración, aun cuando la primera venta ya le habría permitido obtener una retribución adecuada.⁴⁹ En otras palabras, si sólo se considerara a quien ha contratado la licencia directamente con el titular de los derechos de autor, como adquirente

⁴⁵ Parágrafo (72) STJUE Usedsoft.

⁴⁶ Parágrafo (77) STJUE Usedsoft.

⁴⁷ Parágrafo (80) STJUE Usedsoft.

⁴⁸ Parágrafo (83) STJUE Usedsoft.

⁴⁹ Parágrafo (63) STJUE Usedsoft.

legítimo, se privaría al agotamiento de toda eficacia y utilidad⁵⁰. Así, una vez se satisface apropiadamente la primera remuneración, el licenciante carecerá ya de un interés legítimo para reclamar ulteriores pagos, si el primer licenciatario deja de usar su licencia y decide transmitírsela a un tercero⁵¹.

Aunque el párrafo anterior se refiere a descargas de software, el lector podría plantearse la posibilidad de extender la razón de ser de estas afirmaciones a otros tipos de descargas digitales —como música o películas— en las que el cliente paga una tarifa inicial y recibe una licencia ilimitada para utilizar y conservar la descarga. Esto, como hemos visto, es un mecanismo habitual en la industria.

Para la reventa de su copia material o inmaterial de un programa u obra de la que se ha agotado el derecho de distribución del titular de los derechos de autor, el adquirente inicial debe hacer inutilizable ésta, para de este modo no violar el derecho exclusivo del titular⁵².

Sin embargo, esto entraña una dificultad: la comprobación de que la copia se ha hecho efectivamente inutilizable. El adquirente inicial puede perfectamente crear copias de la obra o programa que seguir utilizando después de la venta de su ejemplar material o digital. Esta dificultad no es exclusiva del ámbito del software, sino que puede predicarse en general de cualquier obra o prestación protegida por el derecho de autor o los derechos afines que sea explotada en línea.

El distribuidor puede emplear medios técnicos de protección para impedir esto: claves de producto o asegurarse con todas las medidas tecnológicas a su alcance de que la copia de la que aún dispone el vendedor se haga inutilizable en casos de reventa de licencias de uso acompañadas de la reventa de copias de programas descargados de la página web del autor⁵³.

El desarrollo de medidas lo suficientemente eficaces —ya que el riesgo de la ineficiencia de éstas recae sobre el titular del derecho de autor que explote comercialmente el programa— probablemente revierta en un encarecimiento de las licencias que protege⁵⁴. Éstas, además deberán no ser en exceso invasivas o limitantes de las actividades de terceros, como mencionamos anteriormente.

⁵⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La compraventa de programas de ordenador». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º.4/2013, p. 3.

⁵¹ G. MINERO ALEJANDRE, «Reventa de software...», *cit.*, pp. 5-6.

⁵² Párrafo (78) STJUE Usedsoft.

⁵³ Párrafos (79) y (87) STJUE Usedsoft.

⁵⁴ G. MINERO ALEJANDRE, «Alquiler y venta de programas de ordenador. Comentario a la STS de 1 junio 2016 (RJ 2016, 2328)». *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n.º103/2017, p. 447.

El primer adquirente no está autorizado para dividir la licencia en caso de que ésta sea válida para un número de usuarios que exceda sus necesidades: el agotamiento del derecho de distribución le impide revender el derecho de uso de la obra o programa a otros usuarios⁵⁵.

A la luz de las anteriores consideraciones, la decisión en el asunto *Usedsoft v Oracle* declaró que la primera descarga del software comercial agota el derecho de distribución del autor, pasando el software a pertenecer efectivamente al adquirente. Esta interpretación, por el momento, sólo es aplicable a obras de software, en virtud de la condición de *lex specialis* de la Directiva 2009/24 respecto a la Directiva 2001/29⁵⁶.

La decisión fue considerada por muchos como la piedra angular del establecimiento definitivo de un mercado de segunda mano para contenidos digitales y software descargable⁵⁷. Efectivamente, la decisión del Tribunal podría considerarse como un intento de lograr que el principio de agotamiento y libertad de movimientos (*free movement*) del «mundo offline» se apliquen al entorno digital⁵⁸.

El alcance que se le dé al agotamiento de los derechos del titular condiciona directamente la viabilidad de modelos de negocio basados en la reventa en línea de contenidos digitales⁵⁹. Así, las implicaciones de esta resolución serían considerables para una posible y futura red de intercambio de películas, e-books, videojuegos y, en general, de contenido digital de segunda mano⁶⁰.

Desafortunadamente, la industria del software ha reaccionado trasladando la disponibilidad del software comercializado. Así, los programas a los que el cliente antes accedía mediante descarga, ahora están disponibles en la nube, de modo que el consumidor no llega a disponer de ellos, una especie de modalidad de «comunicación pública».

⁵⁵ Parágrafo (86) STJUE *Usedsoft*.

⁵⁶ Parágrafo (51) STJUE *Usedsoft*. Para más información respecto a las limitaciones del alcance de dicha sentencia, consultar G. MINERO ALEANDRE, «Concepto autónomo de distribución. regla del agotamiento y especialidades de los programas de ordenador». *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea* (dirs. P. Cámara Águila e I. Garrote Fernández-Díez). Tirant, Valencia, 2019, pp. 235-296.

⁵⁷ A. GOEBEL. «The Principle of Exhaustion and the Resale of Downloaded Software –The *UsedSoft/Oracle* Case (September 1, 2012)». *European Law Reporter (ELR)*, No. 9, 2012, p. 229 (disponible aquí <https://ssrn.com/abstract=2225985>; (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁵⁸ E. LINKLATER, «*UsedSoft* and the Big Bang Theory: Is the E-Exhaustion Meteor About to Strike?» *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law*, n°12, 2014, p. 19 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=2271129>; (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁵⁹ P. MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*. 5ª edición, Civitas Thomson Reuters. Navarra, 2015, p. 728.

⁶⁰ A. NICHOLSON, «Old Habits Die Hard?: *UsedSoft v Oracle*», *SCRIPTed*, pp. 389-399 (disponible en <http://script-ed.org/?p=1167> ; Fecha de última consulta: 15/03/2020).

Tras valorar si, para de otro modo eludir las consecuencias de la sentencia Usedsoft, las licencias podían limitarse temporalmente y así no cumplir el requisito de la perpetuidad para considerar aplicable el concepto autónomo de venta, los comercializadores de software analizaron sus partidas de ingresos y observaron que esta restricción supondría un descenso del valor percibido de estas licencias⁶¹.

Recientemente, la asociación de consumidores francesa UFC-Que Choisir demandó a la empresa Valve, productora de videojuegos y responsable de una de las plataformas de comercialización de videojuegos más relevantes a nivel mundial: Steam. Según las condiciones de esta plataforma, los contenidos y servicios allí ofrecidos se otorgan mediante una licencia y no son objeto de venta. Por tanto, la licencia que los usuarios suscriben con Steam no les concede la titularidad ni la propiedad de los videojuegos que allí se adquieren.

Es por esto que UFC-Que Choisir interpuso una demanda contra Valve, ya que estas condiciones resultan diametralmente opuestas a lo establecido por la Sentencia Usedsoft. Valve en su momento trató de alegar que Steam consistía en un servicio de suscripción, defensa que el Tribunal desestimó, en vista de que los videojuegos adquiridos mediante la plataforma se vendían a título perpetuo, y sin formar parte de un sistema de suscripción.

Pues bien, muy recientemente el Tribunal de Grande Instance de Paris, en su decisión del 17 de septiembre de 2019, ha reconocido a los consumidores europeos el derecho que las condiciones de Steam negaban. Valve, por su parte, ha manifestado su total disconformidad y ha declarado que no modificará sus condiciones mientras la sentencia sea susceptible de recurso⁶².

Estos esfuerzos del sector por eludir cualquier doctrina de los tribunales que consideren que puede mermar sus ingresos hacen necesaria una reforma a nivel no meramente jurisprudencial, sino normativa. Este refuerzo se hace imprescindible no sólo por lo expuesto anteriormente, sino para garantizar que los derechos de los usuarios sean respetados incluso por empresas que, sin estar basadas en la Unión Europea, comercializan software dentro del Espacio Económico Europeo.

Por desgracia, como veremos más adelante, recientemente el Tribunal de Justicia ha fulminado la posibilidad de instaurar un mercado digital de creaciones intelectuales de segunda mano mediante la Sentencia del Tribunal de Justicia

⁶¹ Datos obtenidos de <https://www.itassetmanagement.net/2016/10/31/secondary-software-2016/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁶² Para más información, consultar <https://vandal.elespanol.com/noticia/1350727184/steam-el-tribunal-superior-de-paris-dice-que-la-prohibicion-de-revender-juegos-es-ilegal/>. La sentencia está disponible en el siguiente enlace: <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-17-septembre-2019/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

(Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers contra Tom Kabinet Internet BV y otros (en adelante, «STJUE Tom Kabinet»).

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NINTENDO CO. LTD Y OTROS CONTRA PC BOX SRL Y 9NET SRL

En principio, la STJUE Usedsoft abría efectivamente la puerta al intercambio de contenido digital de segunda mano, ampliando considerablemente el restrictivo tratamiento concedido a éste y zanjando la posibilidad de aplicar artificiosos contratos de licencia a lo que debería ser un contrato de compraventa⁶³.

La traba que se presenta, empero, es la no aplicabilidad —en principio— de esta favorable doctrina al contenido digital que no pueda ampararse en la categoría de software: la aplicación de la doctrina de primera venta al software se rige por la Directiva 2009/24/CE sobre la protección jurídica de programas de ordenador (en adelante, «Directiva 2009/24»); mientras que su aplicación a otros contenidos digitales se regula en la Directiva 2001/29/CE (en adelante, «Directiva 2001/29») 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 información⁶⁴.

En efecto, las primeras resoluciones de tribunales estatales no la aplican a contenidos digitales como e-books o videojuegos descargados mediante plataformas online⁶⁵. Nuestro propio Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 361/2016, reconoció restrictivamente la aplicabilidad de esta doctrina: aunque se dieran todas las condiciones requeridas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para permitir la reventa de software, sus titulares nunca perderán el derecho a autorizar y monitorizar posteriores alquileres que terceros puedan querer realizar respecto de sus productos⁶⁶. Por otro lado, y como veremos más ade-

⁶³ En palabras del Abogado General Yves Bot en sus Conclusiones del asunto C-128/11 Usedsoft: «De ello deduzco que, incluso cuando el titular del derecho diferencia, como hace Oracle de manera algo artificial, entre la puesta a disposición de la copia del programa de ordenador y la concesión del derecho de uso, la cesión del derecho uso de una copia de un programa de ordenador constituye efectivamente una venta en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.» Parágrafo (60).

⁶⁴ 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 y Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

⁶⁵ J.P. APARICIO VAQUERO «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales». *InDret, Revista para el análisis del derecho* nº 3/2016, p. 22.

⁶⁶ STC nº 361/2016 del TS, Sala 1ª, de lo Civil, 1 de junio de 2016. Autores como G. MINERO ALEJANDRE han subrayado lo restrictivo de su aplicación, dejando fuera del campo de aplicación de la regla del agotamiento a la mayoría de las licencias de programas de ordenador comercializadas en la actualidad. «Concepto autónomo de distribución...», *cit.*, pp. 261-262.

lante, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado de manera desfavorable a su tratamiento unitario.

Pese a esto, es posible equiparar ambas categorías de creaciones intelectuales atendiendo a la doctrina sentada en la posterior STJUE PCBox. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea permitió la aplicabilidad de la Directiva 2001/29 en lugar de la Directiva 2009/24 para la protección de un videojuego. La primera de estas es relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor, mientras que la segunda regula la protección jurídica de los programas de ordenador.

El razonamiento empleado por la Sala Cuarta para esta aplicabilidad de la Directiva 2001/29 en lugar de la Directiva 2009/24, que debería considerarse *lex specialis* al ser los videojuegos obras de software, fue que éstos son un material complejo y compuesto no sólo de un programa de ordenador, sino también de diversos elementos gráficos y sonoros.

Estos elementos, si bien codificados en lenguaje informático, cuentan con un valor creativo propio, que excede de dicha codificación. Estos componentes de los videojuegos, por tanto, participan en la originalidad de la obra resultante, lo que la hace merecedora de la protección mediante el régimen de los derechos de autor establecido por la Directiva 2001/29⁶⁷.

Este pronunciamiento es, por tanto, un primer indicio de que la realidad jurisdiccional está empezando a cerciorarse de que el hecho de que una obra se plasme mediante código informático no la clasifica inevitablemente como una obra de software. Acertadamente señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el valor creativo de determinadas obras puede superar el esfuerzo intelectual que supone su codificación y programación.

Cabe cuestionarse si esta valoración podría aplicarse, de este modo, a la totalidad del contenido multimedia digital. Ciertamente, al adquirir una obra en soporte digital o mediante Internet no se adquiere un archivo que se pueda manipular y descargar, sino un ejecutable o la incorporación de la obra adquirida a nuestro catálogo online personal. Es innegable que estas obras están plasmadas mediante su codificación en un software que permita al usuario su disfrute y otorgue al licenciatarlo las facultades para controlar que ese disfrute se realiza de acuerdo con las condiciones que hemos estudiado.

Por añadidura, la distinción entre la narrativa convencional —ya sea en formato audiovisual o por cualquier otra modalidad amparada por la Directiva 2001/29— y el mundo de los videojuegos se revela como obsoleta si tenemos en cuenta las nuevas modalidades que esta última rama del entretenimiento proporciona.

⁶⁷ Considerando (23) STJUE PCBox.

Como ejemplo, a finales del año 2018 la plataforma de contenido digital Netflix estrenó «Bandersnatch», una película interactiva en la que el espectador podía tomar decisiones que afectaban directamente a la trama, inspirada en los populares libros «Elige tu propia aventura»⁶⁸. Al elegir entre una opción u otra, al televidente se le presentaban ramificaciones narrativas que le llevarían a un final u otro: un perfecto híbrido entre videojuego y obra audiovisual⁶⁹.

La muy positiva acogida de este episodio ha propiciado que Netflix decida lanzar más contenidos interactivos acogidos a este formato, que es predecible que sean imitados y refinados por otras productoras⁷⁰.

Por otro lado, nuevas modalidades en el entorno del videojuego han dado lugar a formatos episódicos, como los producidos por la empresa Telltale Incorporated bajo la marca «Telltale Games», en los que el jugador interactúa con las decisiones de los personajes jugables, de manera similar a «Bandersnatch»⁷¹.

A diferencia de «Bandersnatch», los videojuegos de Telltale Games contienen ciertos elementos de exploración e investigación, además de un catálogo de alternativas que afectan a la narrativa más amplio que aquellas contenidas en el episodio de Netflix: el jugador participa en la trama de manera más activa, con el objetivo de hacer avanzar la narración del videojuego.

Es de destacar que los productos de Telltale Games —de gran impacto en el sector— cuentan con numerosas licencias de todo tipo de historias y medios para ambientar sus videojuegos o «episodios», tales como Batman, The Walking Dead o Juego de Tronos⁷². El hecho de que numerosos de estos títulos sean conocidos como «episodios» y publicados en «temporadas», como podrían ser los capítulos de una serie, es sólo uno de los factores adicionales que contribuyen a difuminar la diferencia entre videojuego y elemento audiovisual⁷³.

Sin embargo, pese a ser en su planteamiento dos formatos idénticos —historias interactivas— estas obras intelectuales reciben un tratamiento legal absolutamente dispar: los videojuegos de Telltale Games están disponibles para su venta

⁶⁸ Curiosamente, este episodio fue acusado de plagio por la editorial responsable de los libros «Elige tu propia aventura» cuya demanda fue presentada el pasado 11 de enero de 2019.

⁶⁹ D. SLADE, C. BROOKER, *Black Mirror: Bandersnatch*, Netflix, EE.UU., 2018.

⁷⁰ Como, por ejemplo, «You vs. Wild», programa interactivo de supervivencia presentado por la personalidad televisiva Bear Grylls.

⁷¹ Telltale Incorporated es una empresa estadounidense desarrolladora y editora de videojuegos, que, tras su quiebra, recientemente ha experimentado un resurgir gracias a su compra por parte de LCG Entertainment.

⁷² Para consultar algunas de las licencias comercializadas por Telltale Incorporated, ver <https://www.telltale.com/category/games/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁷³ Por ejemplo, la última entrega de los videojuegos de Telltale Games relativa a la popular serie «The Walking Dead» se tituló «The Final Season». Ver <https://www.ign.com/articles/2019/03/26/the-walking-dead-the-final-season-review> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

mediante la plataforma de venta de software Steam, mientras que Bandersnatch, como se ha explicado, únicamente puede disfrutarse mediante los servicios de streaming de Netflix.

Como podemos comprobar, la realidad tecnológica y cultural ha difuminado al máximo la distinción entre programas de ordenador y otras creaciones intelectuales.⁷⁴ Así, obras como los videojuegos conforman, en palabras de la Abogada General Eleanor Sharpston, «*obras complejas de carácter intelectual que se componen de programas de ordenador y otro material —y ambos elementos no pueden separarse—*»⁷⁵.

En efecto, a día de hoy los videojuegos distan mucho de sus primeras iteraciones como el «Pong»⁷⁶, tanto a nivel técnico como a nivel narrativo. En el sector es frecuente el término «cinemática» para hacer referencia a aquellas escenas que, de manera intermitente a lo largo del desarrollo del juego, contribuyen a avanzar la trama. Del mismo modo, es frecuente encontrar en la red estas escenas recopiladas en un único vídeo, para aquellos que no estén interesados en jugar al videojuego, sino únicamente ver la «película».

Estas escenas cuentan con destacadas inversiones de producción, ambientación, dirección, guion, y hasta banda sonora⁷⁷. Aunque no es un fenómeno exclusivamente reciente, ha ganado relevancia el uso de reconocidos actores incorporados a estas cinemáticas mediante tecnología *motion capture*, exactamente la misma tecnología empleada en películas como Avatar, de James Cameron⁷⁸. Así, y sólo este año, el actor Keanu Reeves actuará en el videojuego «Cyberpunk 2077»⁷⁹; Dave Bautista es un personaje jugable en el videojuego «Gears of War 5»⁸⁰; y los

⁷⁴ I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comentario a la sentencia de 2 de mayo de 2012» *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil parte Sentencias, Resoluciones, Comentario*, n.º 91/2013, pp. 10-11.

⁷⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 19 de septiembre de 2013, asunto C-355/12. Parágrafo (35). En dicho asunto, el tribunal nacional remitente afirmó —acertadamente— que «los [videojuegos] no pueden reducirse a la sola categoría de programas de ordenador. Incluyen igualmente obras de carácter intelectual en forma narrativa y gráfica que parecen inseparables de los programas mismos.»

⁷⁶ Uno de los primeros y más populares videojuegos de la historia. Al respecto, ver <https://www.lifewire.com/pong-the-first-video-game-megahit-729739> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

⁷⁷ En 2012, la banda sonora del videojuego «Journey» fue nominada a un Grammy en la categoría de Mejor Banda Sonora en Medios Audiovisuales, prestigioso premio en la industria musical estadounidense. Esta fue la primera vez en la historia que se nominaba a una composición musical destinada a un videojuego en esta categoría.

⁷⁸ Ejemplos destacados de videojuegos que incorporan esta tecnología son «Heavy Rain», «Grand Theft Auto V» o «Call of Duty 4: Modern Warfare».

⁷⁹ Cuya aparición por sorpresa en el evento de presentación de «Cyberpunk 2077» desencadenó los vítores del público, que no conocía el hecho de que el actor figuraba en el videojuego, otro indicio de la mediatización y evolución del sector del videojuego a una modalidad del espectáculo más.

⁸⁰ Curiosamente, el actor ha manifestado en diversas ocasiones sus deseos de interpretar al protagonista de esta saga de videojuegos si llegara a realizarse una película. En el vídeo de presentación de su personaje, el actor espetó: «Ya era hora», como guiño a los fans. Resulta interesante que haya

actores Norman Reedus y Mads Mikkelsen participarán en el esperado «Death Stranding» del célebre creador de videojuegos Hideo Kojima⁸¹.

3. SECUELAS DE USEDSoft Y PCBOX: ESTADO DEL PANORAMA JURISPRUDENCIAL

Desde entonces, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras unos años sin seguir una línea jurisprudencial clara que equiparara el tratamiento jurídico y contractual del contenido digital, se ha pronunciado explícitamente al respecto en la reciente STJUE Tom Kabinet. Este pronunciamiento era esperable, más aún si atendemos a las decisiones del TJUE en este ámbito, que a continuación se estudian.

En primer lugar, es pertinente el análisis de la sentencia del TJUE en el asunto C-161/17, de 7 de agosto de 2018, Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff, (en adelante, «STJUE Renckhoff»), cuya cuestión prejudicial fue motivada por la publicación por parte de un colegio en su página web del trabajo de una alumna, que incluía una fotografía protegida por derechos de autor.

En este caso, el TJUE ha determinado que en caso de que la obra ampare su protección en la Directiva 2001/29, no se darían las circunstancias para aplicar su agotamiento mediante su distribución por Internet. De este modo, una obra protegida por derechos de autor puesta en línea en un sitio web distinto de aquel en que se efectuó su comunicación inicial, autorizada por el titular de los derechos de propiedad intelectual, resultaría en la puesta en disposición de esa obra a un colectivo nuevo de usuarios⁸².

Este colectivo sería distinto al que tuvo en cuenta el titular de los derechos de la obra cuando autorizó su primera comunicación por Internet, por lo que su puesta en línea en otro sitio web supondría una nueva comunicación, completamente independiente de la comunicación inicial⁸³.

Es decir, si la obra digital no puede considerarse una obra de software y su transmisión no se ha producido mediante la entrega de un soporte material, no puede hablarse de un agotamiento en línea para dicho contenido. Por tanto, la distinción entre el derecho de distribución y el de comunicación pública es, en el caso de los programas de ordenador, difusa, mientras que para el resto

sido más sencillo para Dave Bautista aparecer en el videojuego que interpretar a su protagonista en un largometraje que de este se realizara.

⁸¹ Los videojuegos que Hideo Kojima produce se caracterizan por su naturaleza cinematográfica y la complejidad de sus tramas, características más similares a las de un director de cine que de un desarrollador de software.

⁸² Parágrafo (42) STJUE Renckhoff.

⁸³ Parágrafo (44) STJUE Renckhoff.

de contenidos digitales estos derechos conservan su autonomía propia, produciéndose el agotamiento únicamente en el ámbito físico.

El TJUE también ha, en cierto modo, retrocedido respecto a lo inicialmente establecido en la STJUE *Usedsoft* mediante pronunciamientos como su sentencia con asunto C-166/15, del 12 de octubre de 2016, *Aleksandrs Ranks y Jurijs Vasiļevičs v. Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra y Microsoft Corp* (en adelante, «STJUE *Ranks*»).

En dicha sentencia, se planteó ante el TJUE si el agotamiento del derecho de distribución se produciría en caso de venta de programas de ordenador que fueran grabados mediante copias de seguridad en soportes no originales si el soporte que originalmente contenía el software estaba dañado, destruido o extraviado; y si el programa había dejado de ser utilizado por su legítimo adquirente original, o había sido desinstalado de sus sistemas informáticos⁸⁴.

En síntesis, la petición de decisión prejudicial planteada ante el TJUE tenía su origen en un procedimiento penal ante los Sres. *Ranks* y *Vasilevičs*, procesados por haber vendido en un mercado electrónico copias usadas de distintos programas de ordenador editados por *Microsoft Corp.*, incorporadas en soportes físicos que no eran los originales en los cuales dichos programas fueron vendidos originalmente.

En principio, la diferencia de este supuesto de hecho con el valorado en la sentencia *Usedsoft* consiste en que en la Sentencia *Usedsoft* se trataba de reventas de copias usadas de programas de ordenador grabadas en su soporte físico original por su adquirente inicial; mientras que en este caso los Sres. *Ranks* y *Vasilevičs* revendían copias de programas de ordenador incorporadas en soportes físicos que no eran los originales, en circunstancias que no permitían presumir que hubieran sido compradas y descargadas inicialmente en el sitio de Internet del titular de los derechos, *Microsoft Corp.*

La respuesta dada por el TJUE fue que, sin la autorización del titular de los derechos, no es posible la reventa de copias de seguridad de programas de software cuando su soporte físico original ha sido dañado, destruido o extraviado. La justificación deriva de que, si bien la facultad de realizar una copia de seguridad de un programa de ordenador necesaria para su utilización está amparada por el artículo 5.2 de la Directiva 2009/24, la ulterior comercialización de esta copia de salvaguardia no estaría contemplada por la configuración de dicha facultad, excepción al derecho exclusivo de reproducción del titular de los derechos de autor, y por tanto objeto de una interpretación estricta⁸⁵.

⁸⁴ Parágrafo (17) STJUE *Ranks*.

⁸⁵ Parágrafo (42) STJUE *Ranks*.

No obstante, el TJUE advierte de que, en el marco del agotamiento del derecho de distribución, el hecho de que la copia original del programa haya sido dañada, extraviada o destruida, no puede impedir toda posibilidad de reventa de su copia de seguridad. Si el titular del derecho facilita la posibilidad de descarga del programa al adquirente legítimo desde su sitio web, dicha descarga consistirá en una reproducción necesaria de dicho programa, que le permitiría usarlo de un modo conforme a su destino⁸⁶.

En consecuencia, esa ulterior venta del software de segunda mano sólo podría hacerse mediando la autorización del titular de los derechos de autor, desde cuya página el adquirente legítimo de la licencia ilimitada de uso estaría autorizado a descargar una copia del programa.

Ciertamente, pronunciamientos de este tipo continúan perpetuando distinciones entre modalidades de contenido cuyas diferencias técnicas y en su naturaleza son, como hemos visto, cada vez más indistinguibles. Estas matizaciones al contenido de la STJUE Usedsoft suponen oportunidades perdidas para que la jurisprudencia mantenga el ritmo de los avances tecnológicos y las nuevas modalidades de consumo.

Por otro lado, en la sentencia C-174/15, de 10 de noviembre de 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht*, (en adelante, «STJUE Vereniging Openbare Bibliotheken»), el TJUE tuvo que dilucidar si el préstamo por parte de bibliotecas públicas de los Países Bajos de libros en soporte de papel y en formato electrónico eran equiparables, por cuanto en cuanto la entidad encargada del cobro de las remuneraciones por préstamo consideraba que el préstamo digital de libros electrónicos no entraba en dicha excepción.

Tanto el Tribunal como el Abogado General en sus Conclusiones coincidieron en equiparar el préstamo de libros electrónicos desde bibliotecas públicas al préstamo tradicional. Esta extensión de las facultades dispositivas de los bienes digitales se ampara en el hecho de que no contradice directa o textualmente las disposiciones de la Directiva 2006/115/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual⁸⁷.

En esta ocasión, parece que el TJUE sí que está dispuesto a la equiparación del tratamiento concedido al contenido digital con el del físico, si bien relativo a la facultad de préstamo y en el ámbito de bibliotecas públicas.

Sería deseable que el TJUE adoptara una línea jurisprudencial uniforme al respecto del tratamiento del contenido digital. Pese a que —como veremos

⁸⁶ Parágrafo (54) STJUE Vereniging Openbare Bibliotheken.

⁸⁷ Parágrafos (66-71) STJUE Vereniging Openbare Bibliotheken.

más adelante— las creaciones protegidas mediante propiedad intelectual son susceptibles de un tratamiento legislativo y jurisprudencial unitario en este aspecto, este Tribunal está optando por una regulación fragmentada y escindida de los derechos de explotación que les afectan. Desafortunadamente, pronunciamientos en Alemania y en Estados Unidos se muestran contrarios a esta equiparación, como a continuación se detalla.

En primer lugar, el Tribunal del Distrito alemán de Bielefeld determinó que los e-books no eran susceptibles de reventa por los consumidores, subrayando la diferencia en la aplicabilidad de la doctrina del agotamiento entre libros en formato físico y audiolibros y libros digitales⁸⁸.

Analizando el contrato celebrado con el consumidor, el Tribunal determinó que su objeto principal era únicamente permitir el uso del contenido, y los términos eran lo suficientemente claros y precisos como para no dar a entender al usuario que estaba adquiriendo un derecho asimilable a la propiedad de un objeto físico. Además, dado el precio más reducido de los libros electrónicos y audiolibros descargables, el consumidor medio debería darse por satisfecho con disponer del archivo para su uso personal.

Por otro lado, y más allá de la Unión Europea, en la sentencia *ReDigi*, la US District Court del Southern District de Nueva York («District Court») valoró la cuestión del agotamiento en el contexto de una plataforma online de reventa de música digital, *ReDigi*, que permitía la reventa de archivos de música cuya adquisición legal estuviera verificada por parte de los usuarios⁸⁹.

La District Court rechazó terminantemente la posibilidad de que la doctrina del agotamiento por primera venta pudiera ser aplicable a obras digitales amparadas por el copyright, limitándola únicamente a la reventa de copias físicas de dichos contenidos.

La traslación de este pronunciamiento a la Unión Europea, por tentador que resultara categorizar todo contenido digital sujeto a copyright como ajeno a la doctrina del agotamiento, dista mucho de ser idónea. El pilar del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es —como desarrollaremos en el apartado siguiente— el mercado único.

En consecuencia, a diferencia de los Estados Unidos, la regulación del copyright no puede justificarse a sí misma y limitar esta libertad de mercado por am-

⁸⁸ Landgericht Bielefeld 4 O 191/11, marzo de 2013, ratificada por la Oberlandesgericht Hamm en mayo de 2013.

⁸⁹ *Stc.* del United States District Court for the Southern District of New York *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.* 30 de marzo de 2013, confirmada por la United States Court of Appeals for the Second Circuit el 12 de diciembre de 2018. Esta última está disponible en el siguiente enlace: <https://copyrightalliance.org/wp-content/uploads/2018/12/redigi.pdf> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

parar su integridad en la lógica constitucional del Copyright Act en la que se contempla. En la Unión Europea, pues, las restricciones impuestas en defensa del copyright deben adaptarse a las normas sobre libre circulación⁹⁰.

4. TOM KABINET: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Pero la oportunidad definitiva para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adoptara un criterio que permitiera equiparar el agotamiento digital establecido por la Sentencia Usedsoft a obras protegidas bajo la Directiva 2001/29, se dio por medio de las cuestiones prejudiciales planteadas en la referida STJUE Tom Kabinet.

La empresa que da nombre a este asunto, Tom Kabinet, se dedica a la reventa de libros electrónicos de segunda mano a particulares registrados en su página web. Estos e-books son comprados a distribuidores oficiales o a otros particulares, garantizando en este último caso que la copia del vendedor sea borrada, estampando una marca de agua digital sobre la copia a revender, garantizando así su legalidad⁹¹.

En sus Conclusiones (en lo sucesivo, «Conclusiones AG Tom Kabinet») el Abogado General, Maciej Szpunar, reconoce que la creciente digitalización de los contenidos, junto con el desarrollo de nuevas modalidades de suministro online a los usuarios, ha supuesto un importante desequilibrio respecto a los intereses de los titulares de derechos y de autor y los consumidores de las obras⁹².

Como afirma Maciej Szpunar, el comercio en línea ciertamente ha desdibujado la distinción entre bienes y servicios, citando como ejemplo el hecho de que la Directiva 2000/31/CE califique como «servicio de la sociedad de la información» la venta de bienes en línea⁹³.

Paradójicamente, el Abogado General alega que resulta difícil hablar de «propiedad» en el contexto de un archivo digital. Esto es así, argumenta, dado que el archivo digital carece de base material, y en consecuencia no constituiría un bien en el sentido del derecho civil. Un archivo, según este enfoque, podría equipararse con la información pura, que podría protegerse con diferentes derechos, pero no así mediante el derecho de propiedad⁹⁴.

⁹⁰ P. TORREMAN, «The Future Implications of the Usedsoft Decision». *ALAI 2013 Conference*, pp. 5-6.

⁹¹ Parágrafo (18) Conclusiones AG Tom Kabinet.

⁹² Parágrafo (79) Conclusiones AG Tom Kabinet.

⁹³ Parágrafo (38) Conclusiones AG Tom Kabinet.

⁹⁴ Parágrafo (43) Conclusiones AG Tom Kabinet.

Esto resulta difícil de compaginar con la totalidad del contenido de la Sentencia Usedsoft, ya que el programa de ordenador que se descargara digitalmente constituiría, efectivamente, un archivo o «información pura», que sin embargo el TJUE no tiene dificultad en considerar como susceptible de compraventa, y por tanto de transferencia de su derecho de propiedad⁹⁵.

Ante esta incongruencia, el Abogado General manifiesta que los programas de ordenador suponen una categoría «muy especial» de obras⁹⁶. Así, la finalidad de un programa de ordenador reside en que una máquina comprenda y ejecute la secuencia de instrucciones en la que consiste el programa de ordenador. Por tanto, un usuario que leyera dicho código no sería capaz de comprenderlo, en palabras del Abogado General: *«Para el usuario, la lectura de las líneas de código de un programa es tan útil como beber un vaso de gasolina en lugar de verterlo en el tanque de su automóvil. Así, un programa de ordenador es más una herramienta que una obra en sentido propio»*⁹⁷.

Esta condición de herramienta concede a los programas de ordenador una serie de características específicas, que según estas Conclusiones, diferencian a los programas de ordenador de las restantes obras amparadas por el derecho de propiedad intelectual.

La primera de las cuales es que el uso de un programa de ordenador requiere, para su uso, ser cargado previamente en el ordenador en el que está previsto que se ejecute. Por tanto, es indiferente si el programa es distribuido en un soporte material o mediante su descarga, ya que la copia del programa deberá cargarse indefectiblemente en un ordenador.

Esto diferencia a los programas de ordenador del resto de obras sujetas a la propiedad intelectual: al precisar ser cargado previamente en un ordenador, el software no puede ejecutarse por sí solo. Como ejemplos cita a otras categorías de obras que no requieren ser ejecutadas en un ordenador, como los libros o las obras grabadas en discos ópticos⁹⁸.

No podemos compartir que este primer criterio suponga una característica diferenciadora entre los programas de ordenador y las restantes obras amparadas por la Directiva 2001/29. De hecho, la única categoría de obra que cita que efectivamente permite que su copia se utilice por sí sola, son los libros en soporte físico. Un usuario que obtenga una copia en DVD de una película difícilmente podrá disfrutarla sin un aparato de DVD en el que se ejecute y reproduzca en una pantalla, del mismo modo que no puede escucharse un CD

⁹⁵ Parágrafos (45) y (46) STJUE Usedsoft.

⁹⁶ Parágrafo (56) Conclusiones AG Tom Kabinet.

⁹⁷ Parágrafo (57) Conclusiones AG Tom Kabinet.

⁹⁸ Parágrafo (58) Conclusiones AG Tom Kabinet.

sin un reproductor de música, ni se puede leer un e-book sin emplear un lector de libros electrónicos. Toda obra en formato tecnológico requiere, en definitiva, de un dispositivo que permita interpretar y ejecutar su contenido y lo haga así disfrutable para el consumidor.

El segundo aspecto que considera el Abogado General que justifica el tratamiento dispar entre programas de ordenador y el resto de obras, es que los programas de ordenador son herramientas. Por tanto, frecuentemente requieren servicios de mantenimiento y actualización que normalmente forman parte de un contrato de uso denominado «licencia».

Una vez más, este argumento evidencia una concepción quizá demasiado cerrada de lo que puede considerarse un programa de ordenador, una película o cualquier otra categoría de obra o contenido digital.

Sin entrar a reiterar los argumentos sobre la difusión de las barreras entre lo que puede considerarse una obra audiovisual y un programa de ordenador, consideramos que el hecho de que el software usualmente vaya acompañado de servicios de mantenimiento y actualización no supone una diferencia insalvable entre estas categorías. En nuestro entorno digital, una afirmación tan categórica suele tener fecha de caducidad.

Por ejemplo, en 2018 se estrenó «7 Miracles», una película de realidad virtual rodada en formato episódico, y caracterizada por proveer al espectador de una experiencia completamente envolvente⁹⁹. Es destacable el hecho de que dicha película se distribuye en la página Google Play bajo la sección de Apps, y no en la sección de películas o series¹⁰⁰. Esto es así porque, pese a constituir principalmente una obra audiovisual, el formato de realidad virtual requiere la configuración de ciertos elementos de software para permitir su disfrute.

Es más que previsible que paulatinamente se vayan originando nuevas modalidades audiovisuales como las expuestas a lo largo de este trabajo, que, al ser comercializadas en formato físico, previsiblemente incluyan actualizaciones o incluso contratos de licencia para poder implementar y mantener las nuevas prestaciones técnicas que se incorporen.

Como tercera característica, el Abogado General afirma que la utilidad de otras obras como las literarias, musicales o cinematográficas se agota habitualmente después de su primera lectura, escucha o visualización, por lo que son más susceptibles de reventa, una vez disfrutadas por primera vez. Por lo contrario,

⁹⁹ Para más información, ver <https://www.imdb.com/title/tt8218644/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹⁰⁰ En concreto, está disponible a través de este enlace: https://play.google.com/store/apps/details?id=com.panogramma.sevenmiraclesnonvr&hl=en_US (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

los programas de ordenador están destinados a su uso a largo plazo y es menos probable que se comercialicen rápidamente en el mercado de segunda mano¹⁰¹.

De este modo, la obsolescencia paulatina de los programas de ordenador supone la contrapartida al deterioro del soporte material que incorpora obras protegidas, por lo que si un usuario decide revender su programa de ordenador, es de suponer que este software ya no le es de utilidad, normalmente debido a su relativa obsolescencia¹⁰².

La afirmación de que los programas de ordenador están destinados a un uso a largo plazo y no es probable que se comercialicen en mercados de segunda mano choca frontalmente con la existencia de los numerosos modelos de negocio de reventa de software que han originado, entre otras, la Sentencia Usedsoft, la existencia de las presentes Conclusiones, y otros pronunciamientos que veremos más adelante.

Todo ello obviando la existencia de los videojuegos, obras de software que en ningún caso podrían considerarse «herramientas», cuya utilidad ciertamente puede entenderse agotada una vez superado su contenido y completado los niveles de los que se componga, y cuya reventa física es un mecanismo más que habitual en la industria.

Es interesante que en el presente caso Tom Kabinet haya alegado que un libro electrónico constituye un programa de ordenador, argumento que el Abogado General descarta mediante una afirmación un tanto ambigua: «*Un libro electrónico no es un programa de ordenador, es decir, un conjunto de instrucciones para que el ordenador realice determinadas operaciones, sino un archivo digital que contiene datos que el ordenador debe procesar. Por lo tanto, no hay ninguna razón para aplicarle la normativa específica destinada a los programas de ordenador tal como la interpreta el Tribunal de Justicia*¹⁰³.»

Ciertamente, resulta difícil trazar la línea entre «*conjunto de instrucciones para que el ordenador realice determinadas operaciones*» y «*archivo digital que contiene datos que el ordenador debe procesar*». Al fin y al cabo, un programa de ordenador constituye un archivo digital (normalmente un ejecutable) que contiene datos que el ordenador debe procesar; y por su lado los contenidos digitales suponen un conjunto de instrucciones que permiten que el ordenador realice determinadas operaciones, en concreto su reproducción.

Una vez expuesta las diferencias que justifican las disparidades entre los programas de ordenador y el resto de obras, el Abogado General pasa a esgrimir

¹⁰¹ Parágrafo (61) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹⁰² Parágrafo (63) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹⁰³ Parágrafo (67) Conclusiones AG Tom Kabinet.

cuatro argumentos a favor de la aplicación de la doctrina Usedsoft a las obras de software, argumentos por otra parte muy similares a los expuestos a lo largo de este artículo:

La existencia de mercados de segunda mano supondría un descenso de los precios, fortaleciendo la competencia y contribuyendo a una mayor accesibilidad de los consumidores a los bienes. Supondría una ventaja añadida a este modelo el hecho de que las copias digitales de segunda mano son efectivamente copias perfectas, a diferencia de las copias materiales de bienes físicos¹⁰⁴.

El hecho de que los usuarios pudieran acceder a copias de obras de segunda mano a precios más competitivos promovería sobremanera la innovación, por cuanto en cuanto los titulares de derechos de autor y las plataformas de mercados en línea serían incentivados a competir con la oferta de productos de segunda mano¹⁰⁵.

Compartimos plenamente estos argumentos. Es claro que la nueva realidad de consumo y suministro de contenidos digitales ha derivado en la proliferación de ideas y conceptos absolutamente innovadores, como el ya mencionado capítulo/videojuego «elige tu propia aventura» Bandersnatch.

Ante la desoladora realidad a la que se enfrentan los titulares de derechos de autor, que ven cómo sus obras son descargadas y difundidas ilícitamente, Netflix logró producir una obra prácticamente «impirateable». Efectivamente, debido a su propia naturaleza interactiva, Bandersnatch únicamente puede disfrutarse plenamente alternando entre las diferentes posibilidades que se le ofrecen al espectador, y por tanto no puede ser descargado como un archivo de vídeo normal, lo que lo vuelve ciertamente difícil de piratear.

Como argumento adicional, también afirma el Abogado General que la proliferación de copias de segunda mano reforzaría la privacidad de los usuarios. A día de hoy, los distribuidores de obras digitales conocen perfectamente la identidad de cada adquirente, sus datos financieros y pueden recopilar todo tipo de información sobre la forma en que el usuario disfruta de la obra, o sus intereses al respecto¹⁰⁶.

Además, como se argumenta al comienzo de este artículo, el Abogado General destaca que los distribuidores de obras protegidas tienen tal control sobre las copias descargadas por Internet, que pueden rescindir los contratos con los consumidores e inutilizar la copia «presuntamente «comprada» por el usuario»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Parágrafo (81) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹⁰⁵ Parágrafo (82) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹⁰⁶ Parágrafo (83) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹⁰⁷ Parágrafo (83) Conclusiones AG Tom Kabinet.

Efectivamente, la transmisión de copias ya compradas entre los consumidores permitiría desvincular los archivos de sus adquirentes originarios, reduciendo así las facultades de control de los distribuidores sobre las copias que comercializan.

El último argumento del Abogado General denuncia determinadas prácticas anticompetitivas consistentes en vincular a los usuarios con los distribuidores, aumentando de este modo los costes relacionados con el cambio de distribuidor. En particular, dichas prácticas se manifiestan de manera destacada en el sector del libro electrónico, en el que es habitual supeditar la adquisición y la lectura del libro a la apertura de cuentas de usuario y/o la posesión de un lector de libros electrónicos que la propia empresa distribuye¹⁰⁸.

Sin embargo, frente a estos argumentos *a priori* favorables a la aplicabilidad de la Doctrina Usedsoft, el Abogado General opone una serie de consideraciones que, en última instancia, le harán inclinarse por la postura contraria.

Del mismo modo que en un sentido considera favorable que las copias digitales sean en la práctica copias perfectas de las originales, sin sufrir deterioro alguno por su uso, afirma que esto implica que el mercado paralelo de segunda mano afecte a los titulares de derechos de autor de una manera mucho más significativa que al mercado de segunda mano de objetos físicos¹⁰⁹.

Así, la actividad de Tom Kabinet, continúa Maciej Szpunar, puede ser rentabilizada mediante «una serie de diversas operaciones de reventa y adquisición (...) cuyo único coste lo constituye la primera adquisición del libro electrónico»¹¹⁰.

Estos argumentos pueden oponerse a todo acto de comercialización de bienes digitales, puesto que para el distribuidor no supone gasto alguno manufacturar copias adicionales: no se enfrenta a gastos de distribución, transporte, logística ni almacenaje y sin embargo puede permitirse vender, como hemos visto, copias digitales al mismo precio que las equivalentes en soporte físico.

Según el Abogado General, lo anterior deriva en dos riesgos: el hecho de que las copias originales se verían en la obligación de competir en el mercado con duplicados de la misma calidad y a un precio inferior; y la multiplicación no controlada de copias comercializadas. Afirma que esto último afecta especialmente en el caso de los libros, en el que afirma que las necesidades de los usuarios quedarían satisfechas después de una sola lectura¹¹¹.

¹⁰⁸ Parágrafo (84) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹⁰⁹ Parágrafo (89) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹¹⁰ Parágrafo (90) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹¹¹ Parágrafo (91) Conclusiones AG Tom Kabinet.

Es precisamente esa obligación de competir que se impondría a los distribuidores la que derivaría en su necesidad de elaborar prestaciones innovadoras que permitieran que el consumidor continuara optando por adquirir obras originales, en lugar de sus copias digitales de segunda mano.

El hecho de no poder competir únicamente respecto al precio supondría, en nuestra opinión, un estímulo que derivaría en el desarrollo de prestaciones adicionales e innovadoras en la industria del entretenimiento digital. De blindar esta posibilidad, se correrá el riesgo de que ésta se estanque, ya que carecerían de prácticamente todo incentivo para mejorar sus servicios.

Por ejemplo, los distribuidores podrían implementar servicios técnicos y prestaciones con las que no contarán las copias de estas obras —como en el caso de Bandersnatch— en el caso de los libros digitales, la compra de una copia original podría incluir su versión en audiolibro, servicios de definiciones, o incluso versiones interactivas de libros como Rayuela, de Julio Cortázar, o los mencionados títulos de «Elige tu propia aventura».

Opone también Maciej Szpunar que si bien el revendedor está obligado a destruir su copia de la prestación protegida si pretende revenderla, este hecho es en realidad difícil de verificar¹¹².

En la práctica, y como desarrollaremos en apartados siguientes, el panorama tecnológico permite diversas medidas de control para evitar precisamente que esto suceda, y como hemos visto al principio de este artículo, se trata de medidas que ya están mayoritariamente implementadas en las obras digitales.

Otro obstáculo a la aplicabilidad del agotamiento digital a obras protegidas más allá del software, según el Abogado General, es el hecho de que resultaría complicado distinguir las copias falsificadas de las copias legales, si bien reconoce que las medidas técnicas implementadas por Tom Kabinet garantizarían que esto no sucediera. Sin embargo, opone que es poco probable que los usuarios particulares realizaran los mismos esfuerzos para evitar la proliferación de copias ilícitas¹¹³.

Consideramos que Maciej Szpunar de nuevo obvia un aspecto clave de la realidad del mercado digital, evidenciado a lo largo del presente artículo: los consumidores están dispuestos a pagar más por obtener las obras protegidas sin dificultades ni trabas y con las garantías que les ofrecen las plataformas debidamente autorizadas. No en balde, el auge de las plataformas de streaming ha desembocado en un descenso de las cifras de piratería¹¹⁴.

¹¹² Parágrafo (94) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹¹³ Parágrafo (94) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹¹⁴ Como hemos visto en el apartado 2.2 del presente artículo.

Por ello, entendemos que permitir el desarrollo de plataformas de contenido digital a precios más competitivos y con garantías de la legalidad y disponibilidad de las obras protegidas allí comercializadas redundará precisamente en un descenso de la piratería.

El último de los motivos por los cuales el Abogado General se opone a la extensión de la doctrina sentada por la Sentencia Usedsoft a las restantes creaciones intelectuales es el relevo del modelo de descargas digitales a favor de las plataformas de streaming de contenidos o de acceso por suscripción¹¹⁵.

Así, argumenta el Abogado General que estas nuevas modalidades de consumo se imponen a la compraventa de contenidos digitales. Ante el problema de que los libros electrónicos no pueden disfrutarse mediante streaming, afirma que existen plataformas que permiten al usuario acceder a bibliotecas completas de libros electrónicos mediante suscripción. Última, definitivamente, que *«el Tribunal de Justicia, al reconocer la regla del agotamiento del derecho de distribución en el entorno de Internet, resolvería un problema que realmente no tiene por qué serlo y que, en gran medida, pertenece al pasado»*¹¹⁶.

Además de las consideraciones expuestas sobre el difuminado entre las categorías de programa de ordenador y otras obras, consideramos que esta afirmación es absolutamente contraria a la realidad cultural y tecnológica.

A lo largo del epígrafe segundo del presente artículo se han expuesto los motivos que prueban que el agotamiento del derecho de distribución en el entorno de Internet no «pertenece al pasado». Por lo contrario, los consumidores continúan prefiriendo la adquisición de contenidos cuya disponibilidad no dependa del arbitrio de su distribuidor, y su descarga continúa siendo una opción prevalente y preferida.

Entendemos que un consumidor que tuviera interés en poseer un libro electrónico durante toda su vida, releerlo cuantas veces quisiera y, en definitiva, salvaguardarlo de cualquier problema físico mediante su adquisición en formato digital, no podría ser obligado a tener que pagar una suscripción de por vida a la biblioteca digital en el que este se alojara, como propone el Abogado General.

Si bien es verdad que numerosas prestaciones son disfrutadas únicamente una vez, y relegadas una vez se han concluido, no es menos cierto que para toda persona existen una o más obras con un impacto personal tal que desee conservarla el máximo tiempo posible. La doctrina del agotamiento digital permitiría que los usuarios obtuvieran la propiedad de estas prestaciones, sin depender de las licencias de las que en cada momento disponga su distribuidor.

¹¹⁵ Parágrafo (95) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹¹⁶ Parágrafo (95) Conclusiones AG Tom Kabinet.

Pese a lo expuesto y desafortunadamente, concluye el Abogado General que, aunque valora argumentos en uno y otro sentido, el equilibrio entre los intereses en juego le impide extender el pronunciamiento contenido en la Sentencia *Usedsoft* al resto de descargas¹¹⁷.

Por su lado, el 19 de diciembre de 2019 la Gran Sala del Tribunal de Justicia puso freno a la posibilidad de instaurar un mercado de reventa digital; considerando en definitiva que el suministro al público mediante descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido no dentro del concepto de distribución, como en el caso del software, sino que constituye un caso de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición¹¹⁸.

Resolviendo únicamente la primera de las cuestiones prejudiciales, y atendiendo a una interpretación contextual del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor de 20 de diciembre de 1996 (en adelante, «TDA»), el TJUE concluye que de los propios términos de las declaraciones concertadas respecto a los artículos relacionados con los derechos de distribución y alquiler se desprende que las expresiones «copias» y «originales y copias» hacen referencia exclusivamente a las copias fijadas que se puedan poner en circulación incorporadas en un objeto tangible —«ejemplares» en las declaraciones concertadas relativas a dichos artículos—, de modo que los referidos artículos del TDA no son susceptibles de incluir la distribución de obras inmateriales, como pueden ser los e-books¹¹⁹.

Esta restrictiva interpretación, por la cual «ejemplar» únicamente puede significar una copia física de la obra en cuestión, carece, en nuestra opinión, de la suficiente entidad como para suponer un argumento de peso que permita la no aplicabilidad de la doctrina *Usedsoft* a contenidos digitales más allá del software. No puede olvidarse que estas declaraciones fueron realizadas en 1996, 16 años antes de la Sentencia *Usedsoft* y 25 años antes de la STJUE *Tom Kabinet*.

Que la realidad tecnológica y legal ha experimentado una increíble transformación desde mediados de los noventa hasta nuestros días es sobradamente conocido. Precisamente la STJUE *Usedsoft* supuso una superación de esta concepción tan sumamente restringida del concepto de distribución, equiparando la transmisión en línea de un activo intangible como el equivalente funcional de su entrega incorporado en un soporte material.

El razonamiento para que el TJUE llegara a esta equivalencia también tuvo en cuenta las declaraciones concertadas del TDA respecto al derecho de distribución como únicamente sujeto a las copias materiales; si bien mediante la Sentencia *Usedsoft* el Tribunal de Justicia fue capaz de ver más allá de esta

¹¹⁷ Parágrafo (98) Conclusiones AG Tom Kabinet.

¹¹⁸ Parágrafo (74) STJUE Tom Kabinet.

¹¹⁹ Parágrafo (40) STJUE Tom Kabinet.

limitación, atendiendo a la naturaleza de las operaciones de venta de programas de ordenador que en el panorama digital se producen.

Para salvar esta incongruencia entre la decisión tomada en la Sentencia *Usedsoft* y justificar el tratamiento dispar de programas de software y el resto de contenidos digitales, el TJUE se acoge a los razonamientos del Abogado General anteriormente reseñados, según los cuales «*un libro electrónico no es un programa de ordenador, de modo que no procede aplicar las disposiciones específicas de la Directiva 2009/24*»¹²⁰.

Por añadidura, argumenta el TJUE que en la exposición de motivos de la Propuesta de la Directiva 2001/29 la Comisión Europea subrayó que dicha propuesta constituía «*constitu[ía] una oportunidad para que se estable[ciese] un contexto coherente de igualdad de oportunidades para la distribución electrónica y tangible de material protegido y se tra[zase] claramente una línea divisoria entre ambas [sic]*»¹²¹.

Así, y según el Tribunal, la Comisión Europea señaló la transmisión interactiva de contenidos digitales a la carta como una nueva modalidad de explotación de la propiedad intelectual, existiendo un amplio consenso respecto a que debería estar cubierta por el derecho de control de la comunicación al público. Siguiendo este razonamiento, el derecho de comunicación al público también sería aplicable cuando quepa la posibilidad de que varias personas físicas sin relación alguna dispongan de acceso desde diferentes lugares y en distintos momentos a una obra protegida que se encontrara en un sitio de Internet de acceso público, dado que «*dicho derecho abarca cualquier comunicación distinta de la distribución de copias físicas*»¹²².

Si bien es cierto que la transmisión interactiva de contenidos digitales a la carta —véase Netflix— supone un claro acto de comunicación al público de un catálogo de creaciones intelectuales, a las que las personas físicas acceden mediante streaming, consideramos que no resulta comparable con la adquisición —recordemos que mediante una operación que es calificada como «venta»—, por parte de un consumidor, de una obra concreta en formato digital.

Uno de los reproches más habituales a las plataformas de contenido audiovisual en streaming es precisamente la inestabilidad de su catálogo, según las licencias disponibles van siendo actualizadas o pasan a manos de la plataforma de un competidor¹²³. Como hemos visto, un consumidor que quiera disponer

¹²⁰ Parágrafo (54) STJUE Tom Kabinet.

¹²¹ Parágrafo (42) STJUE Tom Kabinet.

¹²² Parágrafos (43) y (44) STJUE Tom Kabinet.

¹²³ Lo que se ha denominado coloquialmente como las «guerras del streaming», mediante las cuales grandes empresas de entretenimiento con acceso a enormes catálogos de creaciones intelectuales se disputan los derechos de transmisión y las licencias de las películas y series más populares.

de manera digital de una obra contenida en el catálogo de una plataforma a la carta sin verse sometido a la incertidumbre de su disponibilidad, o que de-see poseerla en formato digital durante el resto de su vida sin verse obligado a abonar la suscripción mensual o anual de estas plataformas, posiblemente recurra a su «compra» online. El problema, como ya se ha analizado, es que esta operación de «compra» continuará ligada a la disponibilidad de los derechos por parte del operador.

Respecto al punto de vista económico y funcional, argumenta el TJUE que la entrega de un libro en soporte material y su suministro en modalidad digital no pueden ser considerados equivalentes. En la línea de las Conclusiones del Abogado General, las copias digitales intangibles no se deterioran con su uso, de modo que una copia de segunda mano electrónica sería el sustituto perfecto de la original. Repite asimismo el Tribunal de Justicia que los intercambios de copias digitales de segunda mano no requerirían esfuerzos ni costes adicionales¹²⁴.

Además de las consideraciones ya hechas al respecto ante estos mismos argumentos en el análisis de las Conclusiones AG Tom Kabinet, debemos puntualizar que ni los libros electrónicos ni los programas de ordenador en formato digital se deterioran con su uso, lo que no ha impedido la equiparación de la entrega de software incorporado en un soporte material con su suministro mediante descarga digital. Este argumento se debilita aún más si recordamos precisamente la STJUE Ranks, en la que este mismo Tribunal hubo de lidiar con la reventa de copias de programas de ordenador que habían sido deterioradas por su uso e incorporadas como copias de seguridad a soportes físicos que no eran los originales.

A continuación, el TJUE razona que, aunque un libro electrónico pudiera considerarse un material complejo —como en la referida STJUE PCBox— consistente en una obra protegida conjugada con un programa de ordenador, este último no resultaría más que un «accesorio» respecto a la obra literaria que se incorpore en el formato del e-book. Es por esto que el hecho de que un programa de ordenador sea uno de los componentes de un libro electrónico no puede dar lugar a su cobertura por disposiciones específicas al software¹²⁵.

Esta argumentación, si bien reconoce a los libros electrónicos la posible categoría de elementos «híbridos» entre prestaciones literarias y programas de ordenador, concede al segundo una categoría accesoria o subordinada a la prestación que el TJUE considera principal, el contenido del libro como tal.

Por ejemplo, ver <https://variety.com/2019/digital/finance/streaming-wars-rerun-market-south-park-friends-the-office-1203421843/> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹²⁴ Parágrafo (58) STJUE Tom Kabinet.

¹²⁵ Parágrafo (59) STJUE Tom Kabinet.

Sin embargo, el elemento de software que se integra en un libro electrónico no puede relegarse a un mero accesorio, por diversos motivos.

En primer lugar, no podemos obviar, como ya se ha explicado, que los contenidos digitales —en cualquiera de sus modalidades— se manifiestan en archivos digitales, que a su vez contienen un conjunto de instrucciones para que el ordenador realice determinadas operaciones, es decir: programas de ordenador.

En segundo lugar, del mismo modo que el software de un videojuego no supone un componente accesorio respecto a su narrativa o jugabilidad, sino que forma una obra compleja de carácter intelectual, en la que el programa de ordenador y los materiales audiovisuales no pueden separarse¹²⁶, un e-book tampoco puede ser considerado como una obra literaria que dispone de un software supeditado a su contenido.

El programa de ordenador que da formato al libro digital no sólo permite su lectura, sino que incorpora funcionalidades adicionales que equiparan al libro electrónico con sus homólogos tangibles, y permite numerosas ventajas de las que éstos carecen. Así, el software incorporado a un libro electrónico permite, por ejemplo, su subrayado, la consulta de términos en diccionarios, interconexión con redes sociales, redactar notas y un largo etcétera. Es precisamente la conjunción de la obra literaria con las funcionalidades y el formato que aporta su expresión mediante un programa de ordenador lo que supone la entidad indivisible de los libros electrónicos.

Tras estas consideraciones, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial planteada determinando que el suministro al público mediante la descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido dentro del concepto de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición¹²⁷. Este pronunciamiento, por tanto, resulta diametralmente opuesto a la decisión del mismo Tribunal en la STJUE Usedsoft, por la que se declaró que la descarga de un programa de ordenador mediante una licencia sin límite de duración otorgaría la facultad de invocar el agotamiento de su derecho de distribución.

Estos pronunciamientos contrapuestos del Tribunal de Justicia subrayan la necesidad de una armonización al respecto para evitar las problemáticas que acarrearán soluciones tan dispares en un mercado absolutamente globalizado. La reciente interpretación del TJUE, por tanto, hace deseable la modificación de determinados aspectos de la normativa europea y estatal de derechos de autor.

¹²⁶ Tal y como los definió la Abogada General Eleanor Sharpston y argumentamos en el epígrafe 3.2. del presente trabajo.

¹²⁷ Parágrafo (72) STJUE Tom Kabinet.

IV. APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA USEDSoft A TRANSMISIONES DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS

1. ¿ESTÁ JUSTIFICADO EL TRATAMIENTO DISPAR DEL CONTENIDO DIGITAL Y SOFTWARE?

Como se ha expuesto, el contenido digital encuentra trabas a su posible explotación de segunda mano, que afectan a problemas tan estrafalarios como la posible herencia de libros y música en formato digital¹²⁸.

Así, si un consumidor adquiriera una licencia de uso indefinido a cambio de una cantidad única a tanto alzado para un programa de ordenador a través de Internet, esto constituiría una transmisión de la propiedad de éste que agotaría el derecho de distribución del titular.

Sin embargo, la misma operación realizada respecto a otro contenido digital constituiría —aplicando la Directiva 2001/29— un acto de puesta a disposición interactiva. Esto facultaría a los titulares de obras digitales que no fueran consideradas programas informáticos a impedir las reventas y facultades de transmisión posteriores que el usuario habría obtenido por la *misma operación*, facultad de la que carecerían los creadores de programas informáticos¹²⁹.

En este sentido, la calificación de Bandersnatch como obra de software o como simple película determinaría su diferente tratamiento, pese a ser una obra que no se encuadra perfectamente en ninguna de las dos categorías.

Otro factor que delata lo arbitrario de esta distinción es cuáles son los destinatarios beneficiados por ésta. Por un lado, las grandes empresas suelen ser titulares de multitud de licencias de software comercial, que pueden alcanzar importes muy elevados. Por otro, los consumidores y particulares, que podrían estar interesados en revender su contenido digital licenciado a precios bajos, como e-books o películas que no deseen visitar. Paradójicamente, la primera operación está permitida bajo la doctrina sentada por Usedsoft, si bien la segunda no podría ampararse en este pronunciamiento.

Del mismo modo, según el tenor de la Directiva 2011/83, los contratos relativos a programas de ordenador y demás contenido digital que no se suministraran mediante un soporte material no deberían calificarse ni de compraventa ni de servicios: únicamente si su comercialización se produce a través de un soporte físico podrían obtener la consideración de bienes, susceptibles de compraventa.

¹²⁸ Para más información al respecto, consultar el siguiente artículo: <https://www.marketwatch.com/story/who-inherits-your-itunes-library-2012-08-23> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹²⁹ M. BAYLINA MELÉ, J.A. CUERVA DE CAÑAS, «¿(Ab)Used Soft? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea de 3 de julio de 2012 (caso Oracle c. UsedSoft)». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n.º. 67, 2012, p. 144.

En consecuencia, la aplicación de Usedsoft al supuesto de compra de un programa de ordenador en formato digital determinaría que a efectos de la propiedad intelectual se produciría una venta —y por tanto un agotamiento— mas no se produciría tal venta bajo la óptica de la normativa de defensa de consumidores y usuarios.

En el contexto de la Unión Europea, nuestro análisis no debe centrarse únicamente en la interacción entre derechos relativos al copyright y los correspondientes al software, sino que éstos deben conjugarse con los fundamentos comerciales del espacio económico europeo¹³⁰.

En este sentido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, «TFUE») reconoce la pugna entre la libertad de circulación y los derechos de propiedad intelectual, resolviendo este conflicto otorgando relativa preferencia a la protección de la propiedad industrial y comercial¹³¹.

Sin embargo, este predominio del copyright no es absoluto: debe adaptarse a las normas de libre circulación y de mercado único. Cualquier tratamiento diferenciador a cuenta de esta categoría debe cumplir su función esencial, y no puede dañar el mercado único y la libertad de movimiento más que permitiendo lo esencialmente necesario para la creación de bienes culturales e intelectuales¹³².

Por tanto, las restricciones impuestas a la libertad de movimiento a favor de los derechos de propiedad intelectuales deben estar justificadas y no derivar en discriminaciones arbitrarias o en camufladas restricciones al comercio¹³³.

El propio Tribunal de Justicia, en su sentencia *Deutsche Grammophon*, enfatizó que la libertad de movimiento de mercancías es un principio fundamental de la Unión Europea, y que cualquier excepción a este principio debe ser interpretado restringidamente, de modo que no frustre los objetivos del TFUE¹³⁴.

La diferencia en el tratamiento de contenidos digitales establecida por la sentencia *Usedsoft*, por tanto, supondría una discriminación ciertamente arbitraria y en directa contradicción con lo promulgado por el pronunciamiento *Deutsche Grammophon*.

¹³⁰ Ver SSTJUE asunto C-61/97 de 22 de septiembre de 1998, *Foreningen af danske Videogram-distributører c. Laserdisken*, parágrafo (13); asunto C-115/02 de 23 de octubre de 2003, *Rioglass c. Transremar*, parágrafo (23); y finalmente, asuntos C-403/08 y C-429/08 de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League Ltd c. QC Leisure*, parágrafo (106).

¹³¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 36.

¹³² P. TORREMANS, «The Future Implications...», *cit.*, p. 5.

¹³³ M. GILLEN, «The software Proteus —UsedSoft changing our understanding of software as 'saleable goods'», *International Review of Law, Computers & Technology Volume 28*, 2014, p. 11.

¹³⁴ STJUE asunto 78/70 del 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co.KG*.

Si se mantiene la distinción en el tratamiento de estos contenidos se corre el riesgo de caer en absurdos jurídicos, complicaciones legislativas innecesarias y situaciones como la que enuncian algunos autores: la compra de la discografía completa de Los Beatles en iTunes no permite que a la muerte del adquirente se deje el «White Album» a un heredero y el «Abbey Road» a otro¹³⁵.

2. LA NECESIDAD DE UNA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA EUROPEA

El problema que surge al pretender equiparar ambas Directivas es la escisión en la terminología que emplean. En el caso Usedsoft la doctrina de la primera venta puede aplicarse sin problemas a la distribución de software en formato físico y digital, porque la Directiva de programas de ordenador se refiere a software «en cualquier forma». No se da este caso en la Directiva 2001/29, que únicamente hace mención a los «soportes tangibles»¹³⁶.

Esto podría significar que la doctrina de la primera venta para contenido digital excluido el software únicamente se aplicaría a copias físicas, ya que el Tribunal de Justicia no se pronunció al respecto en la sentencia Usedsoft.

Al fin y al cabo, el párrafo 61 de la sentencia Usedsoft —si bien referido a los programas de ordenador— establece explícitamente que, desde un punto de vista económico, la venta de una obra en soporte CD-ROM o DVD y su venta mediante una descarga de Internet son similares. La modalidad de transmisión en línea es el «equivalente funcional» de la entrega de un soporte material, por lo que el agotamiento del derecho de distribución se agotaría tras la primera venta, al margen de si se tratara de una copia material o inmaterial.

Para que la doctrina de la primera venta se desplegara con toda su eficacia en el contexto digital y especialmente asegurar un trato equivalente y consistente a la reventa de activos físicos e intangibles, debería poder equipararse la doctrina Usedsoft con todo tipo de contenidos digitales: es posible que la sentencia PCBox contenga la clave para ello. Evidentemente, el TJUE ha decidido lo contrario, justificando la diferencia de trato de estas creaciones intelectuales en base a

¹³⁵ Al respecto, ver: <https://www.marketwatch.com/story/who-inherits-your-itunes-library-2012-08-23> (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹³⁶ Considerando (28) Directiva 2001/29/EC: «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».

motivos del todo ajenos a la realidad tecnológica y de consumo, y en práctica contradicción con lo establecido por la STJUE *Usedsoft*.

Ante la inadecuación de los preceptos legislativos respecto a la actualidad tecnológica, el surgimiento de nuevos modelos de negocio basados en la explotación y comercialización de contenidos digitales en Internet, es preferible optar por una revisión regulatoria antes que depender de debates doctrinales y jurisprudenciales¹³⁷. La solución, por tanto, se obtendría mediante una revisión de las Directivas 2001/29, 2011/83 y 96/9/CEE, que asegurara un tratamiento unitario en la medida de lo posible de todas las prestaciones digitales y sus correspondientes licencias.

Esta Directiva podría extender el concepto de compraventa unitario establecido por la Sentencia *Usedsoft*, para así eludir los falsos contratos de compraventa que enmascaran realmente restrictivos contratos de licencia de uso: concedidos para permitir un uso por tiempo ilimitado y a cambio de un precio¹³⁸.

La aplicación del concepto de venta determinado como concepto autónomo de la UE a todas las operaciones comerciales de adquisición de un acceso por tiempo indefinido a cualquier contenido digital concedería a los consumidores la seguridad jurídica de que realmente está adquiriendo los derechos que debería adquirir cuando selecciona la opción «comprar», aumentando así la confianza de los consumidores y su disposición a adquirir contenido digital.

Se eliminarían de este modo, además, el sometimiento a diferentes normativas contractuales de todos los Estados Miembros de la UE, incentivando así la compraventa internacional de contenidos digitales por Internet y suponiendo un muy importante primer paso para un tratamiento europeo unitario del mercado digital.

De este modo, nada obstaría para permitir el intercambio de segunda mano de licencias de todo tipo de contenidos digitales, aplicando así la resolución de *Usedsoft* que establece que la venta de la licencia es equivalente a la venta de la copia original descargada. Así podrían devolverse a los consumidores los derechos de disposición de las obras que adquirieran digitalmente.

Para ello, sería extremadamente sencillo para las grandes plataformas de distribución de contenido como Apple o Amazon establecer un sistema que permitiera la transmisión de obras digitales de un usuario a otro, eliminando la

¹³⁷ G. MINERO ALEJANDRE, «Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador: Calificación de los actos de explotación y aplicación de la regla del agotamiento a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Dykinson, Madrid, 2016, p. 506.

¹³⁸ J.P. APARICIO VAQUERO, «Propiedad intelectual...», *cit.*, p. 19.

copia del transmitente. La magnitud de estas plataformas, su amplio número de usuarios y los recursos a su alcance son el mejor argumento para una fácil implementación de una opción para los consumidores que deseen revender sus copias digitales.

Debe tenerse en cuenta que, para aplicar la doctrina del agotamiento, el Tribunal de Justicia requiere que el autor haya obtenido «una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es el propietario»¹³⁹. Una interpretación estricta de lo anterior requeriría la remuneración justa de los autores para la aplicabilidad del agotamiento, gran asignatura pendiente de las actuales plataformas de difusión y distribución de contenido y un incentivo más para aplicar esta doctrina a la industria digital.

En efecto, la equivalencia entre la venta de una copia física y la descarga gratuita del software acompañada del pago por una licencia permanente asegura que tanto el derecho de exclusividad como la remuneración se cumplan y asegura la función esencial de estas operaciones, lo que justifica la aplicación de la doctrina del agotamiento¹⁴⁰.

Consideramos que la retribución suficiente de los titulares de derechos de propiedad intelectual cuyas obras son explotadas y distribuidas digitalmente es un componente fundamental e imprescindible en este sentido, pues permitirá la aplicabilidad de la doctrina del agotamiento a todo tipo de contenido online.

En la actualidad, los autores y creadores de contenido no reciben las contraprestaciones que corresponderían a sus derechos de explotación por su distribución en plataformas online como agregadores de contenidos y redes sociales. Es una preocupación del legislador europeo, que el 17 de abril de 2019 aprobó la Directiva 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.

Entre los objetivos de esta Directiva se encuentran el establecimiento de un mecanismo de reclamación para autores e intérpretes cuando su remuneración acordada con las plataformas digitales sea desproporcionadamente baja comparada con los beneficios obtenidos por éstas. También se incluyen medidas para garantizar que las grandes empresas tecnológicas compartan sus ingresos con los autores, artistas, productores y periodistas generadores del contenido del que éstas se lucren.

Aun así, las plataformas de contenidos dedicadas exclusivamente a la distribución de obras de propiedad intelectual remuneran con cantidades ínfimas a

¹³⁹ Parágrafo (45) STJUE *Usedsoft*.

¹⁴⁰ P. TORREMANS, *The Future Implications...*, *cit.*, p. 6.

los artistas y autores cuyo contenido distribuyen.¹⁴¹ Artistas como Taylor Swift o Thom Yorke han retirado sus composiciones de plataformas digitales como Apple Music o Spotify, alegando como motivo las exiguas cantidades que recibían por esto, en comparación con las cifras de beneficios que obtenían las plataformas¹⁴².

Las nuevas modalidades de disfrute de contenido cultural han redundado en mayores facilidades para los consumidores, pero a costa de importantes detrimentos a la remuneración de los artistas implicados. A modo de ejemplo, si bien el coste de enviar las obras en formato archivo a las plataformas digitales es muy reducido, las distribuidoras consideran equitativo abonar a los artistas el importe de regalías que éstos perciben por las ventas de CDs¹⁴³.

Un aumento de los precios de las prestaciones digitales quizá sirviera de incentivo a las plataformas que a día de hoy las gestionan: a cambio de la instauración de la doctrina expuesta por la sentencia *Usedsoft* verían aumentar sus márgenes de beneficio. Esta necesidad podría conjugarse con la genuina aplicación del principio de agotamiento, beneficiando a autores, artistas e intérpretes y consumidores por igual.

Los consumidores, como se ha expuesto, estarían dispuestos a abonar esta diferencia en el importe siempre y cuando esto repercutiera en mayores facilidades de disposición, transmisión y permanencia del contenido. La positiva tendencia de los consumidores de acudir a las plataformas digitales como método lícito de disfrute de contenido debe ser empleada como herramienta para beneficiar a todas las partes implicadas, y no como mecanismo para que las grandes empresas recuperen sus pérdidas ocasionadas por la piratería a costa de los creadores e intérpretes de contenido¹⁴⁴.

Además, se ha señalado que la expansión de la doctrina del agotamiento al contenido digital y la creación de mercados secundarios de contenido digital podría ser un factor clave para la reducción de la piratería.

La opción de comprar contenido digital a precios más asequibles sin duda contribuirá al aumento de compras digitales legítimas, a la vez que permitiría a aquellos primeros adquirentes saber que podrán recuperar parte de su in-

¹⁴¹ Ver www.digitalmusicnews.com/2016/08/01/apple-music-spotify-youtube-paying/ (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹⁴² Al respecto, ver: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150622_tecnologia_taylor_swift_contra_apple_music_lv (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹⁴³ Ver H. TRUBRIDGE, «Salvaguardar los ingresos de los músicos», *OMPI REVISTA*, mayo, 2015. Disponible aquí: http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2015/02/article_0002.html (Fecha de última consulta: 15/03/2020).

¹⁴⁴ Ver H. TRUBRIDGE, «Salvaguardar los...», *cit.*

versión mediante la reventa, incentivándoles así para pagar el precio íntegro por contenido nuevo.

Por otro lado, esta concesión de facultades a los consumidores derivada de la interpretación jurisdiccional y objetivos expuestos anteriormente no está exenta de crítica. Debe, lógicamente, compaginarse con las correspondientes medidas técnicas que impidan que la mayor disponibilidad y facilidad de copia de los dispositivos digitales respecto a sus equivalentes físicos derive en su difusión descontrolada y sin autorización de los titulares de sus derechos de explotación.

Afortunadamente, el desarrollo tecnológico ha previsto con creces estas posibles extralimitaciones. Tanto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2001/29 como en los artículos 196 al 198 del TRLPI resultantes de su transposición al ordenamiento español, se reconoce a los titulares de estas obras la facultad de implementar medidas tecnológicas «eficaces».

La tecnología DRM permite, mediante dispositivos técnicos, claves de usuario y software anticopias, que los bienes digitales no sean libremente redistribuidos. Dicha tecnología, como hemos expuesto anteriormente, ya se aplica a las obras digitales actualmente en el mercado, precisamente con esta finalidad¹⁴⁵.

La operativa de la página web de Tom Kabinet mencionada anteriormente supone un buen ejemplo de cómo podrían operar estas medidas: la página web objeto del litigio opera plasmando una marca de agua digital sobre los e-books que pone a la venta, almacenando esta información en una base de datos. De este modo, si se detectara una distribución ilegal de algún libro digital, podría rastrearse rápidamente¹⁴⁶.

Es por esto que consideramos que aumentar las facultades dispositivas de los consumidores no tiene por qué repercutir negativamente en los derechos de los titulares de contenidos digitales, ni desembocar en una proliferación de contenidos ilícitamente copiados. La propia sentencia Usedsoft recomendó encarecidamente emplear medidas técnicas de protección que garantizaran que los adquirentes originales de software eliminaran sus copias del software tras su transferencia¹⁴⁷.

Al fin y al cabo, todas las medidas tecnológicas implementadas a día de hoy para restringir las facultades de disposición de los usuarios no impiden en absoluto la realización de copias ilícitas y los estragos de la piratería. La eliminación de los motivos que llevan a ciertos usuarios de Internet a piratear

¹⁴⁵ Ver H. TRUBRIDGE, «Salvaguardar los...» *cit.*

¹⁴⁶ Ver nota al pie 72.

¹⁴⁷ Parágrafo (79) STJUE Usedsoft.

estos contenidos es, por tanto, una de las mejores bazas para acabar de una vez con este indeseable fenómeno.

3. UN PASO MÁS ALLÁ PARA REVITALIZAR EL MERCADO DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS

Respecto a la distinción entre soportes materiales y digitales, consideramos que la equivalencia de entregas estipulada por la sentencia *Usedsoft* podría complementarse en la nueva Directiva propuesta con una medida que consideramos que contribuiría a reducir la piratería y aumentar el consumo lícito de obras intelectuales.

Como se ha explicado, parte del descenso de las ventas de obras culturales e intelectuales en formato físico se debe a la cada vez más vertiginosa obsolescencia de los formatos disponibles para los consumidores. Éstos, al ver cómo sus colecciones multimedia se desvalorizan y dejan de ser reproducibles por los estándares del mercado en pocos años, reducen su adquisición de obras en soporte físico.

Así, los formatos de soporte de contenido multimedia pueden quedar desactualizados, de manera que dejen de recibir actualizaciones de software, soporte y herramientas de mantenimiento o posibilidades de reparación, o directamente inaccesibles, como puede ser el caso de las cintas VHS: a día de hoy es prácticamente imposible encontrar hardware o software capaz de reproducir los contenidos almacenados en este formato.

Por añadidura, la adición de características físicas a los contenidos digitales puede incrementar su conveniencia para los consumidores. Acompañar a las prestaciones digitales de un soporte físico otorgará a los usuarios una mayor sensación de control y propiedad sobre los productos, incrementando así su valor percibido.

La solución se derivaría de establecer la obligación del distribuidor de acompañar a estas obras físicas, como ya es práctica habitual en películas y libros, de su equivalente digital. El consumidor se vería incentivado así para adquirir obras en soporte físico, sabiendo que la futura obsolescencia del formato escogido no le impedirá disfrutar del contenido de modo electrónico todo el tiempo que desee.

Esto, combinado con las medidas anteriormente expuestas, aseguraría a los consumidores la total disponibilidad de sus obras, tanto en formato físico como digital, lo que supondría un necesitado aumento del consumo de bienes culturales y un duro golpe al negocio de la piratería.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, consideramos imperativo que se dé un tratamiento unitario al contenido digital, tanto si supone un programa de ordenador como si se trata de contenido multimedia. La distinción, caduca a todas luces y superada por la realidad de consumo y tecnológica, únicamente contribuye a dificultar los regímenes y normativas aplicables y a desproveer de derechos a los consumidores.

Del mismo modo, la distinción entre soportes físicos y digitales para la interpretación y aplicación de las condiciones contractuales de los contenidos referidos en el apartado anterior se revela como completamente obsoleta si se compara con los usos habituales en los sectores aplicables.

Dichas distinciones favorecen la apatía comercial de los consumidores, que recurren a métodos ilegítimos de adquisición de contenidos digitales, entre otros motivos, por la disponibilidad y facilidades de transmisión que el contenido así obtenido les concede frente a la alternativa lícita. La opción legal, como hemos visto, se encuentra lastrada por los abusos de las plataformas digitales para con sus clientes, la desinformación generalizada que se da a la hora de adquirir estos contenidos y las restricciones normativas que la legislación les impone.

Afortunadamente, como hemos visto, la jurisprudencia europea comienza —si bien sin una línea jurisprudencial clara— a difuminar las barreras que antes eran categóricas, permitiendo así interpretaciones favorables al consumidor.

La STJUE *Usedsoft* permite eliminar diversos de los males expuestos anteriormente: desde los falsos contratos de compraventa que encubren restrictivas licencias de uso, hasta las restricciones de disposición del contenido digital si se decide revenderlo o transmitirlo.

El inconveniente es la imposibilidad de aplicar íntegramente dicha sentencia a la totalidad del contenido digital; obstáculo que puede solucionarse mediante la interpretación realizada por el mismo Tribunal en la sentencia *PCBox*. Diluyendo las distinciones entre software y contenido digital —artificiosas, por un lado, y no aplicadas en la realidad tecnológica presente y futura, por otro— esta sentencia aporta la clave para la consecución de un mercado digital justo y equitativo para consumidores y autores.

Además, un ajuste económico en los importes de las prestaciones digitales con el objetivo de remunerar adecuadamente a los titulares de derechos de explotación contribuiría a la aplicabilidad de la doctrina del agotamiento. De este modo, todas las partes implicadas se verían beneficiadas.

Por un lado, los titulares de derechos de explotación percibirían la contraprestación equitativa que les corresponde en el momento en que se produjera la

primera venta, por lo que posteriores reventas o transmisiones del contenido no perjudicarían sus intereses económicos.

Las plataformas de contenido digital y los responsables de su distribución podrían cobrar precios más elevados por estas prestaciones, por lo que tendrían el incentivo económico para su implantación y aumentarían sus márgenes de beneficios.

Por último, como se ha expuesto, los consumidores están dispuestos a que el aumento de prestaciones y facultades de disponibilidad de los contenidos digitales repercuta en un aumento de su precio. El hecho de que este incremento repercuta, además, en la remuneración equitativa de los creadores del contenido que disfrutan, servirá de aliciente adicional.

La propuesta contribuirá a revitalizar el mercado de obras digitales, pero puede acarrear una sinergia positiva para con su equivalente físico. La incorporación de copias digitales a sus correspondientes soportes físicos protegerá los intereses de consumidores que están interesados en poseer las obras en formato físico, pero temen que estas queden desactualizadas y obsoletas en un corto periodo de tiempo.

De este modo, tanto los consumidores reticentes a comprar contenido digital por la falta de derechos sobre éste como los reacios a adquirirlos en soporte material por miedo a la inevitable obsolescencia del formato obtendrán estas obras de manera permanente y con todas las ventajas de ambas modalidades.

Al aplicar auténticas condiciones de compraventa a los contratos respectivos al contenido digital no sólo se protegerá a los consumidores de las condiciones impuestas por las plataformas de contenido, sino que se traducirá en un indudable aumento del consumo lícito de bienes culturales. Así se arrebatará a la piratería uno de sus principales atractivos: la disponibilidad en condiciones de auténtica propiedad de los contenidos culturales en formato digital.

A día de hoy existen todas las herramientas y medios para poner en práctica esta nueva modalidad de consumo de obras digitales, expuestas a lo largo de nuestro estudio. Las grandes plataformas podrían implantarlas sin demasiado esfuerzo, ya que, en la mayoría de los casos, existen medidas técnicas similares ya implantadas.

El derecho de la Unión Europea ha perdido la oportunidad de instaurar un auténtico mercado digital de obras y prestaciones protegidas de segunda mano, con las innegables ventajas para los consumidores y la industria que esto supondría. En efecto, la decisión tomada en el asunto *Tom Kabinet* acabó con el potencial del nacimiento de una nueva manera de entender el consumo de contenidos digitales en Internet.

No obstante, consideramos preferible la creación de una nueva Directiva que estableciera indiscutiblemente el agotamiento de los bienes electrónicos comercializados online, más allá de interpretaciones jurisprudenciales. Hemos podido comprobar que incluso la STJUE *Usedsoft*, que determina claramente el agotamiento de los programas de software comercializados por primera vez por Internet, puede ser eludida y disputada por los distribuidores de programas de ordenador, que pretenden por todos los medios evitar la consecuencia lógica del establecimiento de esta doctrina.

Desafortunadamente, el TJUE ha manifestado que no considera que la doctrina del agotamiento establecida en la Sentencia *Usedsoft* pueda aplicarse al resto de descargas por Internet, si bien el Abogado General ha reconocido sus múltiples ventajas. Parte de los motivos que motivan esta decisión tienen su origen en la necesidad de mantener la distinción legislativa cada vez más difusa entre los programas de ordenador y el resto de obras protegidas mediante propiedad intelectual.

Se ha comprobado que esta distinción, en la práctica, ya no se adapta a la realidad tecnológica y cultural, y que es previsible que, a medida que surjan nuevas modalidades audiovisuales y de software, quede completamente vacía de contenido.

Ante esta resolución definitiva del Tribunal de Justicia, sólo cabe ponderar las ventajas que para los consumidores, distribuidores y creadores de contenidos aportaría la creación de un nuevo mercado digital, y valorar si realmente está justificada la consideración de programas de ordenador como obras sometidas a un régimen radicalmente distinto al del resto de categorías de contenidos.

A lo largo del presente artículo se ha evidenciado que los consumidores están dispuestos a pagar más por contar con los derechos que consideran que les corresponden al abonar el precio para la propiedad digital de las obras que desean adquirir. Sólo resta darles las herramientas y opciones para adquirir estos contenidos en condiciones equitativas y el mercado responderá.